شرح التلقين

للإمام أبي عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المازري

453 - 536

1061 - 1141

الجزء الثالث

المجلد الأول

تحقيق

سماحة الشيخ محمد المختار السلامي



الإمام المازري

شرح التلقين

الجزء الثالث

المجلد الأول

7

تحقيق

سماحة الشيخ محمد المختار السلامي



شرح التلقين

للإمام أبي عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المازري

الجزء الثالث

المجلد الأول

شرح التلقين

للإمام أبي عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المازري

536 - 453

1141 - 1061

الجزء الثالث

المجلد الأول

تحقيق

سماحة الشيخ محمد المختار السلامي



دار الغرب الإسلامي

تونس

الطبعة الأولى - 2008 م

دار الغرب الإسلامي

العنوان: ص.ب.: 200 تونس 1015



كتاب الحوالة

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

صلى الله على سيدنا محمد وسلم

كتاب الحوالة /

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب رحمه الله تعالى:/

معنى الحوالة تحويل الحق من ذمة إلى ذمة تبرأ بها[1] الأولى، ما لم يكن غروراً[2] من عيب[3] للثانية وتشتغل الثانية، ويعتبر فيها رضى المحيل والمحال دون المحال عليه. ولا رجوع فيها/ وإن تلف الحق إلا بالغرور.

قال الفقيه الإمام رحمه الله تعالى ورضي عنه:

يتعلق بهذا الفصل ثمانية أسئلة، منها أن يقال:

1 ـ ما الدليل على جواز الحوالة؟

2 ـ وهل يعتبر فيها رضا المحال أو المحال عليه؟

3 ـ وما شروط جوازها؟

---

(1) في المغربية: منها.

(2) في المغربية: غرر. وفي الغاني: غارّاً.

(3) في الغاني: غيْبة.

4 ـ وما يحلها بعد انعقادها من حدوث فلَسٍ؟

5 ـ أو ما يحلها من حدوث مجرد؟

6 ـ وما يحلها من حدوث ما يبطل الدين المحال عليه؟

7 ـ وهل تصح الحوالة على غير دين؟

8 ـ وما حكمها إذا كانت على دين قد يستقر؟

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال:

اعلم أن الحوالة مأخوذة من التحول، والحوالة بالدين قد حصل فيها هذا المعنى، وهو التحول من ذمة إلى ذمة، كما قدمناه في كتاب الضمان، أنه مشتق من انضمام ذمة إلى ذمة.

فالدين متعلق بذمتين ضم بعضهما إلى بعض.

والحوالة متعلقة بذمة واحدة، ثم يتحول عنها إلى ذمة أخرى.

والحوالة تفتقر إلى ثلاثة أركان، محيل ومحال ومحال عليه.

والأصل في جوازها السنة وإجماع الأمة.

أمّا السنة فما روى **مالك** عن **أبي الزناد** عن **الأعرج** عن **أبي هريرة**: «**أن النبي ﷺ قال: «مطل الغني ظلم، وإذا أُتْبع أحدكم على مليء فليتبع»**[1] ورواه أيضاً **سفيان الثوري** عن **أبي الزناد** عن **الأعرج** عن **أبي هريرة** أن النبي ﷺ قال: «**مطل الغني ظلم، وإذا أحيل أحدكم على غني فليحتل**»[2].

ولا خلاف بين العلماء في جوازها.

وهي مستثناة من الأصول، لأنه قد تقرر من أصول الشريعة نَهْيُ النبي ﷺ

---

(1) الموطأ: 205:2. حد. 1968.

(2) مسند أحمد: 2/463.

عن الديْن بالديْن، والحوالة بيع دين بدين، لأن من له الدين قد باع الدين الذي يستحقه في ذمة غريمه بدين آخر يستحقه غريمه في ذمة رجل آخر، لكن لما دعت الضرورة إلى ذلك وتضمن معروفاً ورفقاً سامح الشرع به، كما فعل في العرية، أرخص فيها وإن كانت تضمنت وجوهاً محرمة ذكرناها في كتاب العرية: بيع الرطب بالتمر، والجزاف بالمكيل من الطعام، والطعام بالطعام إلى أجل، لكن أبيحت لما فيها من المعروف والرفق والحاجة إليها.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

أمّا المحيل فلا يلزمه أن يحيل، ولا يجبر على الحوالة، ولا خلاف في ذلك لأن الحقوق متعلقة بذمته فلا يجبر على أن يقبضها من ذمة أخرى، كما لو باع سلعة معينة فإنه لا يجبر على أن يُعطيَ غيرها، وإن كان مثلها أو أدنى منها. وكما لو أحضر مالاً وضعه بين يديه، فأراد/ أن يقضي منه ما عليه فقال له الطالب للدين: أنا آخذ/ منك من الدنانير التي ليست هي حاضرة بين يديك.

وأما اعتبار رضا المحتال الطالب للدين، فإنه أيضاً يعتبر رضاه، ولا يجبر أن يتحول عن الذمة التي استحق الدين فيها إلى ذمة. كما لو اشترى سلعة بعينها فإنه لا يجبر على أن يدفع إليه مثلها أو أفضل منها. ولا فرق بين استحقاق أعيان معينة، واستحقاق ديون في ذمة معينة. وكذلك لا يجبرهم مستحق الدين على أن يأخذه[1] عوضاً عنه جنساً آخر، مع أنه لو رضي بذلك لاستوفى حقّه. فأحرى أن لا يلزمه التحول إلى ذمة أخرى لا يكون مجرد التحويل إليها استيفاء لحقه.

وذهب داود إلى أنه يجبر على التحول، وليس له أن يمتنع منه، تعلقاً بما ذكرناه في الحديث من قوله ﷺ: «وإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع» فأمَره بالاتّباع، ومجرد الأوامر على الوجوب عند أكثر الفقهاء. ولا شك أن أكثر من

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يأخذ.

قال بأنه لا يجبر على قبول الحوالة وأن يبع[1] غير ذمته يقول: إن مجرد الأمر يقتضي الوجوب فيلزمهم أن يتأولوا الحديث الذي تعلق به داود وهم يقولون: إنه محمول على الاستحباب، وإنه يستحب لمن أحيل على مليء أن يقبل الحوالة. ولهم في ذلك مسلكان:

أحدهما: صرف قوله «فليتبع» على[2] الوجوب إلى الندب، لما قدمناه من الأقيسة.

وهذا إنما يحسن سلوكه إذا قيل: إن حيل[3] الأمر على الوجوب لا يجري مجرى النصوص بل مجرى الظواهر المحتملة، فيحتمل مجرد الأمر الوجوبَ ويحتمل الندبَ. لكنه في الوجوب أظهر فيحسن صرفه على[4] الوجوب إلى الندب بالأقيسة.

وأمّا المسلك الآخر: فالتمسك بصدر الحديث وهو أنه ﷺ افتضح[5] ذلك بأن قال:

«مطل الغني ظلم» وفي تأخير قضاء الدين إلى أن يتحول إلى ذمة أخرى يقتضيها نوع من المطل، وقد وصف النبي عليه السلام المطل بأنه ظلم لا سيما مقتضى قوله: «وإذا أحيل أحدكم على غني فليحتل» يقتضي أن المحتال، إذا أحاله من أحيل عليه على رجل آخر، يلزمه قبول الحوالة، وكذلك إذا أحاله الثاني على الثالث، وهذا يؤدي إلى ما لا يتناهى حتى يخرجنا عن المطل إلى إبطال الحقوق.

وأشار ابن القصار إلى طريق من الاستدلال: وهو أن الحوالة أجيزت

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يَتْبع.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: عن.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حمل.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: إلى.
(5) هكذا في النسختين، والصواب: افتتح.

للضرورة والرفق، وبالصحابة رضي الله عنهم حاجة إلى بيان حكمها، وكون القبول واجباً عليهم، فلو بين النبي ﷺ ذلك لاستفاض فيهم واشتهر، فلما لم يذكر عنهم الذهاب إلى ذلك اقتضى أنه أمر لا يُلزِم، وإنما هو مستحب، والمندوبات لا تشتهر اشتهار الواجبات.

وقد نبَّهناك على ما تقتضيه أصول الفقه في هذه المسألة.

وأما اعتبار رضى المحال عليه/ فإنه غير معتبر عند **مالك** و**الشافعي** و**أبي حنيفة**، بل يجبر على دفع الدين الذي عليه لمن أحيل به عليه.

لكن **مالكاً** رضي الله عنه اشترط في ذلك ألاّ يكون المحال عدوّا للمحال عليه. ولم يذكر عن **الشافعي** و**أبي حنيفة** اشتراط ذلك. وذهب **الاصطخري** إلى أنه يعتبر رضاه بقبول الحوالة عليه كما يعتبر رضا المحيل، ولم يفرق بين محيل ومحال عليه. ويعتمد **الاصطخري** على أن من حق المحال عليه ألا يدفع إلا لمن يستحق الدين عليه في أصل المعاملة، لأنه يعتلّ بأن له منفعة في الامتناع من الدفع إلى المحال عليه لكون مستحق الدين أوّلاً سَمْحاً في اقتضائه متجاوزاً في استيفائه، فليس له أن يقطع هذه المنفعة عمّن عليه الدين بأن يسلِّط على الاقتضاء منه من هو عليه غليظ في الاقتضاء.

والمعتمد في الردّ عليه الاتفاق على أن من له دين على رجل له أن يوكل عليه ولا يمنع من الوكالة. ولا يعتبر في هذا المعنى الذي اعتبره **الاصطخري**. وأيضاً فإنه إنما حقُّ من عليه دين البراءة منه لا أكثر من ذلك، فإذا وكل عليه فقبضه الوكيل فقد برئ الغريم. وكذلك إذا أحيل عليه به فدفعه للمحال عليه. ولكن اشترط **مالك** ألا يكون المحال عدوّاً لمن أحيل عليه لكون العداوة إذا ثبتت علم أنه قصد الإضرار والتشفّي من العدو وإيصال الأذى إليه بكل ما يقدر عليه، ولهذا رُدّت شهادة العدوّ على عدوّه لحصول التهمة في قصد الأذى بالشهادة.

وإنما يعرض في هذا إشكال؛ لو استدان رجل من رجل ديناً، ثم حدث بينهما عداوة بعد الاستدانة، فهل يمنع من له الدين من اقتضاءِ دينه لنفسه لئلا

يبالغ في الاجتهاد في اقتضاءٍ يؤذي عدوَّه به أم لا؟ هذا مما أشار ابن القصار إلى تردد فيه: هل يمنع من الاقتضاء بنفسه، لوجود العلة التي قدمنا في منع حوالة العدو على عدوه، ويؤمر بأن يوكل غيره، أو يمكَّن من الاقتضاء بنفسه لأنها ضرورة سبقت العداوة؟ وقد وقعت المعاملة على أن من له حق فإن له أن يقبضه بنفسه، ولا يلزمه أن يوكل/ عليه ويخرجه من ذمة إلى أمانة يؤتمن الوكيل عليها.

وكأن إشارته تقتضي ميله إلى أن لا يمكَّن من الاقتضاء بنفسه.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال:

قد بيّنا أن الحوالة رخصة مستثناة من نبيه[1] ﷺ عن بيع الدين بالدين، وعلة الرخصة الحضّ على المعروف والرفق، كالعرايا على حسب ما تقدم بيانه. وهذا يقتضي أنها إذا خرجت عمّا قصد بها من الرفق والمعروف/ مُنِعَتْ. وهي تخرج عن ذلك باختلاف أجناس البيوع، وباختلاف أنواعها بالجودة والدناءة، واختلاف آجالها.

فأمّا إذا كان لرجل على رجل دين، عين أو طعام أو عروض، فلما حل الأجل وطلب الطالب دينه، قال من عليه الدين: لي على فلان دين هو خلاف جنس مَالَكَ عليَّ، فتحولْ إلى ذمته، وخُذْ مَا لِي عنده من عرض عوضاً عنْ مَا لَكَ عندي من طعام أو من عين. فإن هذا، الظاهر منه أنها مبايعة، والمقصود المعاوضة وطلبُ المكايسة والمغابنة لاختلاف المنافع والأغراض في هذه الأعْراض. فمَن تحوّل عن عَرْض يستحقه إلى طعام يأخذه فما ذلك إلاّ لكوْن الطعام عنده أشدَّ نفعاً وأوفرَ ربحاً. فلمّا خرج ذلك عن طريقة المعروف والرفق مُنِع لارتفاع علة الجواز.

وكذلك إذا اختلفت الأنواع بالجودة والدناءة، وكأن من يستحق الدين

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: نهْيِهِ.

تحوّل إلى ذمة أخرى، فيها نوع أفضل من[1] المقدار أو في الجودة، من الدين الذي كان له فتحوّل عنه، مثل أن يكون لرجل قفيز قمح دنيء في ذمة رجل، فلما طلبه به قال له: لي على فلان قفيز قمح طيّب، فخذه منه عوض دينك، أو خذ منه قفيزين مثلَ دَيْنك في الجودة. فإن هذا لم يرض أن يتحوّل عن الدين الذي يستحقه إلاّ بما يربح في الدين الذي تحول إليه من زيادة كيل أو زيادة جودة. ولو كان الأمر بالعكس: تحول عن طعام له إلى ما هو أدْنى في الجودة، أو أقل في المقدار لجاز ذلك لأنه أكّد دلالة قصده المعروف والرفق، بالتحول، وبكونه يأخذ أدنى مِمّا لَه.

وكذلك إذا كان دين الطالب لم يحلَّ فأحاله من عليه الدين على مثل دينه، وقد حل أو لم يحل، فإن ذلك لا يجوز، لأنه يمكن أن يكون إنما رضي بالتحول عن دين لم يستحقّ قبضَه إلى ذمة أخرى تخوّفاً من ذمة الذي عليه دينه أن يفلَّس أو يغيبَ فوجب المنع. فلو كان الأمر بالعكس بأن يتحول عن حامل[2] من دين له على دين، حل أو لم يحل،/ فإن ذلك جائز لظهور المعروف والرفق منه، أو تأكّده إذا انْحالَ بما حلّ على ما لم يحلّ، وترك ديناً يأخذه معجَّلاً بدين يأخذه مؤجَّلاً.

وكذلك إذا كان الدينان لم يحلّ أجلهما، الدين الذي له والدين الذي يريد أن يتحول إليه، فإن ذلك يمنع، لأنه يمكن أن يكون إنما هرب عن ذمة غريمه إلى ذمة أخرى، تخوّفاً من فلس غريمه عند الأجل أو تغيّبه.

وكذلك لو كان الدينان مؤجلين، ولكنّ دينه يسبق حلولُه حلولَ الدين الذي أراد أن يتحوّل إليه، فإن هذا، وإن ظهر فيه الإحسان والرفق من جانب، وهو أن يترك أخذ دين إلى شهر لدين يأخذه بعد شهرين/ وظاهرُ هذا المعروفُ، فإنه يعارضه أنه يمكن أن يكون إنما رضي بذلك لكون الذمة التي تحوّل إليها

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: في.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حالٍّ.

فيأخذَ الحق منها بعد شهرين أسهلَ تناولاً وأبعدَ من الفلس والفقر من ذمة غريمه التي تحول عنها. وقد قدمنا أن الأصل في جواز الحمالة[1] قوله ﷺ: «مطل الغني ظلم» وهذه إشارة إلى أن الدين [الذي] يتحول عنه لا يكون إلا حالاً [لأن] ما لم يحل لم يستحق قبضه ولا الطلب به، فلا يكون من هو عليه ماطلاً به. فإذا اقتضى الحديث: الشرط كون الدين المتحول عنه قد حل مُنِع التحوّلُ عمّا لم يحِلّ، لأجل ما بيناه من التعليل في تجاوز حد المعروف والرفق الذي هو علة جواز الحوالة.

والجواب عن السؤال الرابع أن يقال:

إذا تقدمت الحوالة بدين في ذمة فأحيل به على ذمة أخرى على وجه جائز، كما تقدم بيانه، ما يجوز من الحوالة وما يمنع، ثم فلس المحال عليه، فهل للمحال أن يرجع على من أحاله أم لا؟ اختلف الناس في ذلك على خمسة مذاهب:

فذهب **الشافعي** إلى منع رجوع المحال على المحيل على الإطلاق. ولو كان المحيل قد علم فقر المحال عليه فكتم ذلك، وغرّه ودلس عليه حتى قبل الحوالة.

وذهب **مالك** إلى مثل ما ذهب إليه **الشافعي**، لكنه استثنى وجهاً واحداً، وهو أن يكون المحيل قد علم فقر المحال عليه وأحاله على فقير لم يعلم المحلل[2] بفقره.

وذهب **أبو حنيفة** إلى استثناء وجهين:

أحدهما: أن يموت المحال عليه وهو مفلس لم يترك شيئاً.

والثاني: أن يجحد الدين ويحلف عليه.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الحوالة.

(2) هكذا في النسختين، والصواب: المحال.

ففي هذين الوجهين يرجع المحال على المحيل، وفيما سواهما لا يرجع، على اختلاف عن أصحاب أبي حنيفة في الزواية في جحود المحال عليه الدينَ هل هو وجه يوجب الرجوع على المحيل أم لا؟

وذهب محمد بن الحسن وأبو يوسف صاحبا أبي حنيفة إلى استثناء ثلاثة أوجه، اثنان منها ما ذكرناه/ عن شيخهما أبي حنيفة، وهو أن يموت المحال عليه مفلساً أو يجحد الدين، أو يفلس وهو حيّ فيُحجَر عليه.

ونحن قد قدمنا مذهب مالك في أنه لا يرى الرجوع لأجل فليس[1] المحال عليه، حياً كان أو ميتاً، إلا أن يكون المحيل قدْ غَرَّ المحالَ، وعلِم بفقره، وكتمه عن المحال.

وأما الجحود فاختار بعض أشياخنا أنه لا يوجب الرجوع عن[2] المحيل، لأن المحال فرّط إذا لم يشهد عن[2] المحال عليه، فكأنه لما قَبِل الحوالة بَرِئَتْ ذمة المحيل، وفرَّط في الإشهاد، فصار كالمتْلِف لماله بعد القبض، فمصيبة الجحود منه.

أمّا مالك فلا أعرف له نصاً في هذا، لكن ما تشير[3] إليه، فيما بعد، في أن الحوالة كالقبض يصح أن الجحود لا يوجب/ الرجوع على المحيل. لكن بعض الأشياخ أشار إلى أنه لو كان المحال عليه غائباً فلما حضر جحد الدين، فإن للمحال الرجوعَ على المحيل، لأنه لا يمكنه الإشهاد بالحوالة فيكونَ مفرّطاً فيه، وأيضاً فإنه قد يعتذر: إنما قبل الحوالة بشرط تصديق المحال عليه بأن عليه الدين للمحيل.

فإذا تقررت هذه المذاهب، فنذكر سبب الخلاف فيها. وذلك وجهان:

---

(1) هكذا في النسختين، والصواب: فَلَس.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: على.
(3) هكذا في النسختين، والصواب: يُشِير.

تعلق بأثر، والثاني تعلق بأثر[1].

فأمّا الأثر فقد قدمنا قوله ﷺ: «**مطل الغني ظلم وإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع**»[2] فيقول **مالك** و**الشافعي**: قوله: «**يتبع**» عمومه يقتضي أنه يتبع المحال عليه، فُلِّس أو لم يفلس. وهذا يوجب ألاّ يرجع على المحيل.

ويقول **أبو حنيفة** وأصحابه: قد شرط في أول الحديث كون المحال عليه مليئاً، فقال: «وإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع» إنما يجب الاتباع مع الملاء، فإذا وقع الفلس سقط الاتباع، وإذا سقط الإتباع وجب الرجوع على المحيل.

وقد انفصل **الشافعي** عن تأويلهم هذا بأن الفلس لو كان يُسقط الاتباع، ويوجب الرجوع على المحيل، لم يكنْ للتقييد بالملاء فائدة، إذا كان الفقر والفلس يوجب الرجوع على المحيل، ولكان القول: إذا اتبع على إنسان فليتبعْ، لأنه إن كان يجد ما يأخذ منه حصل على حقه، وإن لم يجد رجع على المحيل، وإنما فائدة التقييد بالملاء أن يستظهر المحال لنفسه، ويحتاط لدْينه، حتى يقبل[3] الحوالة إلا على مليء تثق نفسه به، فإن حدث فلس لم يرجع على المحيل/ فإذا علم أنه لا يرجع على المحيل احتياطاً[4] لنفسه بالكشف عن حال المحال عليه.

وأجاب أصحاب **أبي حنيفة** عن هذا الذي قال **الشافعي** بأنه إذا ظهر فلسٌ تأخَّر أخذُ الحق، فإنما أراد رسول الله ﷺ بهذا التقييد بالملاء أن يحتاط لنفسه حتى لا يتأخر حقه إذا فلس المحال عليه، ووجب الحصاص والخصام فيما عليه، فإنما فائدة التقييد بالإشارة إلى التحرز من لحوق الضرر إما بتأخير الطلب والاستيناء، كما يقول **أبو حنيفة**، وإما بإسقاط الطلب عن المحيل إسقاطاً

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب بنظر.

(2) سبق تخريجه.

(3) هكذا في النسختين، والأظهر: [لا] يقبل.

(4) هكذا في النسختين، والصواب: احتاط.

مؤبداً. والنظر في إسقاط الطلب عنه، مؤبداً أو مؤجلاً، فيه احتمال أن يكون هو المرادَ.

وأما التعلق بما يروَى في ذلك عن الصحابة، رضي الله عنهم، فإن **عثمان بن عفان**، رضي الله عنه، رُفِع[1] أمر حوالة أو كفالةٍ، فُلِّس المجهول[2] عليه، فقال: يرجع صاحبها لا تَوَى على أمن[3] مسلم. يعني لا هلاك على ماله. وقد قال **الشافعي لمحمد بن الحسنِ**: لِمَ جعلتَ فَلَس المحال عليه يوجب رجوع المحال على المحيل؟ فذكر له حديث **عثمان**، فقلت له: من رواه؟ فقال: مجهول غير[4] معروف وهو مقطوع/. يعني أن الراوي عن **عثمان** هذا الحديث لم يلق عثمان، فهو مرسل من جهته، وأن الراوي رجل معروف وهو الراوي الذي أرسل الخبر، رواه عنه رجل مجهول. وقد سمّى هذا المجهولَ، وهذا المعروفَ، ابنُ المنذر في كتابه[5]. فالتعلق بهذا ضعيف لأن العمل بالمراسيل فيه اختلاف، ورواية المجهول لا يعوّل عليها. وقد شك الراوي فيما رُفع إلى **عثمان** رضي الله عنه: هل رفع إليه أن ذلك كان حوالة أو حمالة؟ ولا شك أن الحمالة لا تسقط الدين عن المضمون المتحمَّل به.

ويتعلق أصحابنا، وأصحاب **الشافعي**، بأن جدّ **سعيد بن المسيب** كان له على **عليّ** رضي الله عنه دين، فسأله أن يحيله به على رجل آخر، ففلس المحال عليه، فأتى جد **سعيد** إلى **عليّ** رضي الله عنه شاكياً ذلك إليه، فقال له: اخترتَ علينا، أبعدك الله. ولم ينكر ذلك عليه أحد، فدل ذلك على أن فلس المحال عليه لا يوجب رجوع المحال على المحيل.

---

(1) أي: إليه.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: المحال.

(3) هكذا في النسختين، والصواب: اِمْرِئٍ.

(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: عن.

(5) انظر تمامه في: البيهقي: السنن الكبرى: 6:71.

هذا سبب التنازع من أجل تأويل الحديث واختلاف الآثار.

وأمّا من جهة الاعتبار، فالنكتة فيه النظرُ في الحوالة هل هي كقبض الحق فيبْرَأُ المحيلُ براءةً مطلقة، أو كالمعاوضة فلا يبرأ إلا بعد استيفاء العرض[1]؟

فعندنا وعند الشافعي/ أنها كالمقبوضة، فما حدث بعد (الدين فيه)[2] من تلف فمن قابضه، فكذلك إذا فلس المحال عليه، فكأنه إنما يقدم الاستيفاء للمحال بعد أن قبض دينه من المحيل، فمصيبة ذلك عليه، كما لو قبض منه دينه ثم تلف في يديه.

ويؤكد أصحابنا هذه الطريقة: أن الحوالة كالقبض، بدليل أن الحوالة إذا كانت بدنانير في ذمةٍ، فأحيل بها على دنانير في ذمة أخرى، فإن ذلك لو لم يكن قبضاً ما جاز إلا بعد التقابض وقبل الافتراق، كما لا يجوز في الصرف الافتراق قبل القبض.

وأما أبو حنيفة وأصحابه، فيرونها كالبيع، فيجب الرجوع عند الفلس، كما لو باع عبداً بثوب فاستُحِق العبد، أو وجد به عيب، فإنه يوجب الرجوع في العوض الذي دُفِع فيه، فكذلك الحوالة إذا ظهر الفلس وجب الرجوع في عوض الدين الذي تعذّر استيفاؤه.

فإذا علم أن الحوالة تتعلق تارة بالعين وتارة بالذمة، فوجود العيب في الأعيان يوجب الرجوع في أعواضها، فكذلك وجود العيب في الذمم يوجب الرجوع في أعواضها، وهي ذمة المحيل التي أَخَذَ عنها، بدلاً منها وعوضاً عنها، ذمةَ المحال عليه. ونحن إذا أثبتنا أن الحوالة كالقبض، والفلسُ كحدوث عيب بعد القبض، بطل قياسُهم، وهم بنوا على أن ذلك ليس كالقبض فخرّجوا عليه قياسَهم. ثم أيضاً نقول نحن بأنه لو أبرأ من له الدين من عليه الدين من

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: العوض.

(2) هكذا في النسختين، ويكون المعنى أوضح بحذف ما بين القوس.

دينه/ ليبرأ[1] منه براءة مؤبدة. وإذا كانت الحوالة مشتقة من التحويل صَارت بمنزلة إذا تحول رجل من مكان إلى مكان فقد فرّغ الأولَ وشَغَل المكانَ الثانيَ، فلا يقتضي هذا التفريغ الرجوع إلى المكان الذي زال عنه، فكذلك الحوالة قد أخلى ذمةَ مَن عليه دينُه، ونقل ذلك إلى ذمةٍ أخرى، فلا يعود الدين بعد انتقاله إلا بدليل، وهم يقولون، أيضاً: إنما حولت من مكان إلى مكان بشرط السلامة، وحصول الاستيفاء، فإذا لم يحصل له الاستيفاء رجع إلى أصل حقه ورد الحق إلى محله. ونقول نحن، أيضاً: إن بأن[2] الحوالة، وإن كانت فيها مشابهة بحقيقة البيع، فإن المقصود منها ما قدمناه من قصد المعروف بدليل أنه لو التُفت إلى حقيقة البيع لجازت الحوالة بجنس من الدين على جنس آخر، لأن البياعات لا يشترط فيها التجانس بل يجوز بيع عبد بعبد، وبيع ثوب[3] ولا يجوز في الحوالة حوالة ثوب على عبد. فدل ذلك على أنها كالمسلوب منها حقيقة البيع، فلا تقاس على بيع عين بعين، كما/ قدمناه من قياسهم. وإذا سلبنا منها حقيقة البيع، وكان القصد إبراءَ محلّ وشَغْل آخرَ، لم يجب الرجوع عند الفلس. وأيضاً فإن الأعيان إذا وقع فيها البيع، ثم اطُّلع فيها على عيب، صار ذلك كنقض في أجزاء الجميع، لأن من باع عبداً فوجده المشتري مقطوع اليد، فكأنه اشترى عشرة أجزاء مثلاً، فأصاب تسعة أجزاء، والفلس عيب في الذمة، (ونفس الذمة ليست كالعيب في نفس ما حل فيها)[4].

والشافعي إنما لم يراع تغرير المحيل بالمحال لأنه يرى أن المحال أمكنه البحث عن حال المحال عليه حتى يعلم غناه من فقره في ذلك، فصار كالراضي بالعيب الداخل عليه.

وكأن مالكاً رضي الله عنه رأى أن هذا كالعيوب الباطنة، لأن القطع على

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لَبَرَأَ.

(2) هكذا في النسختين، والصواب حذف: بأن.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: إضافة: بعبد.

(4) هكذا في النسختين.

الفقر في الباطن لا سبيل إليه، فإذا لم يغير[1] المحيل المحال، فكأنه عيب لا يعلم به، فأشبه العيب بباطن الخشب، وما في معناه، مما لا يجب ردّه بعيب ظهر فيه بعد إفساده، أما إذا علم بالعيب ودلس به فقد غرّ بمن عامله، فوجب أن يرجع عليه بحكم هذا العيب.

ومذهب **مالك** أيضاً أنه لا يلزم المحالَ الكشفُ عن ذمة المحال عليه قبل أن يقبض الحوالة، بل يجوز له قبول الحوالة، وإن كان شاكاً في حال المحال عليه: هل هو غني أو فقير. بخلاف شراء ديْن قد استقرّ في الذمة، فإنه لا يجوز لأحد أن يشتريه بعوض يجوز شراؤه به إلا بعد أن يكون من عليه الدين حاضراً مقراً، يُعرف غناه من عُدمه، لأن ذمته هي المشتراة، ويختلف مقدار عوضها باختلاف حال الذمة من فقر أو غنى، والمبيع/ لا يصح أن يكون مجهولاً، فإذا اشترى ديناً لا يُعلم حالُ من هو عليه، هل هو فقير أو غني، فقد صار اشترى أمراً مجهولاً (من صحة البيع، والبيع)[2] ليست ببيع على إحدى الطريقتين عندنا بل طريقها المعروف، فيُعْفَى فيها عن مثل هذا الغرر، لكون الغرر يعتبر كونه مقصوداً كما تقدم بيانه في كتاب البيوع.

لكن مذهبنا أنه إذا كان المحال عليه ظاهرَ اليسار، والمحيل يعلَم من باطن أمره أنه فقير لا مال له، فإن ذلك عيب في الحوالة يوجب للمحال أن يرجع عن قبولها، ويطالِبَ المحيل. هذا على أنه لو باع سلعة من رجل يظنّه مليئاً فإذا به فقير مفلس، فإن البائع ليس له فسخ البيع ولا يكون هذا كعيب في الذمة يوجب فسخ البيع، وما ذلك إلا لأن البياعات تتكرر تكرراً كثيراً لشدة الحاجة إليها وعدم/ الغنى عنها في جل الناس، والكشف عن ذمة من يطلب شراء سلعة مما يشق، فلو لم يجز البيع للبائع إلا بعد الكشف عن ذمة المشتري

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يَغُرَّ.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يؤثر في صحة البيع، والحوالة...

والبحث عنها، لوقفت أكثر البياعات (ولم يمكن انتها وفرضها)[1]. وأيضاً فإن البائع يدفع للمشتري سلعة تقارب الثمن الذي يحل له في ذمته، فاستغنى بذلك عن الكشف هل عند المشتري زيادة أم لا. وأما بيع الديون التي في الذمم مما لا يقع إلا نادراً، ولا يتكرر، فتكليف البحث عن ذمة من عليه الدين المبيع لا يوقف البياعات المكررة، ولا يشقّ، مع كون المشتري للدين لا يدفع لمن عليه الدين. لكن لو فرضنا أن المحال قَبِل الحوالة على رجل يشكّ في ملائه أو فقره، والمحيل عالم بباطن أمره، وأنه فقير، فهل يكون علم المحيل بفقره، وكتمانُ ذلك عن المحال، تدليساً يوجب له الرجوع، أو يقال: إن المحال لمّا قَبِل الحوالة على من يشك في حاله، وليس ظاهر أمره عنده الغنى، فإنه يصير بذلك كما لو قبل الحوالة على فقير يعلَم من فقره ما علمه المحيل. بخلاف أن يقبل الحوالة على من ظاهره الغنى، وقد علم المحيل أن الباطن بخلافه.

والأظهر عندي أن يكون له مقال، على أصل المذهب، لأنه لو علم بأن المحيل حقق هذا الأمر الذي المحال يشك فيه، لم يقبل الحوالة، فصار قبوله لها كالمشروط بأنه استوى واعتقادَ المحيل في حال المحال عليه.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال:

قد قدمنا أن ظاهر مذهب **الشافعي** أن الحوالة إذا قبلت لا يبطلها جحود المحال عليه الذي أحيل به عليه.

وذكر عن **أبي حنيفة** أن ذلك يبطلها. وعن صاحبيه: **محمد بن الحسن** و**أبي يوسف**، وذكرنا اختلاف الرواية عندهم/ في الجحود.

وبعض الأشياخ المحققين من أهل المذهب يختار أنها إذا وقعت الحوالة على حاضر مقر بالدين، ويعتلّ لذلك بأن المحال، لما قبل الحوالة، وهو يجوز أن يجحده المحال عليه، وقد أمكنه الإشهاد عليه بأنه يستحق قِبَله ما كان

---

(1) هكذا.

للمحيل عليه، فصار إعراضه عن الإشهاد كالتفريط منه، كمتلفٍ مالا بتفريطه.
قال: ولو كان المحال عليه غائباً، فلما قدم جحد الدين، لكان للمحال أن يرجع على الحميل[1] هاهنا، لأنه لم يمكنه الإشهاد على من عليه الدين لغيبته، فيعَدّ كأنه أتلف حقّه بتفريطه في الإشهاد.

وعندي أن النظر يقتضي فيما قاله هذا الشيخ تفصيلاً.

فإن كان الغالب في الديون الإشهاد عليها، فإنما يترك ذلك نادراً، وقال المحال لما جحد المحالُ عليه وقد كان حاضراً مقراً حين الحوالة: إنما لم أشهد عليه لثقتي بأن المحيل قد كان أشهد عليه على ما تقتضيه العادة، فلما كتمني أنه لم يشهد عليه، صار ذلك كالتغرير منه والتدليس عليَّ، فوجب ليَ الرجوع عليه، كما وجب لي إذا علم فقر المحال عليه وكتمه عني، كما قدمناه. وأما إطلاقه القول بأن الحوالة إذا كانت على غائب فقد يجحد الدين كان للمحال أن يرجع على المحيل، فإن ذلك صحيح بشرط أن يكون المحال لم يصدّق المحيل في كونه يستحق ديناً على الغائب المحال عليه. وأما لو صدقه في ذلك وقبل الحوالة وهو يعلم ألاّ بيّنة على الغائب، فإنه ينظر في هذا هل يكون أبرأه المحيل[2] وعلمُه، بأن المحيل يستحقّ الدين الذي أحاله عليه، يمنعه الرجوع ويصير الجحود كجائحة طرأت عليه لا رجوع له بها على المحيل. وقد اختلف المذهب الاختلاف المشهور في رجل أتى لمن عنده وديعة لإنسان فقال له: أرْسَلَني مَن أودعك إيّاها لأقبضك منها[3]، فصدّقه فيما ذكر، ودفع ذلك إليه، فلما قدم صاحب الوديعة أنكر أن يكون أرسل أحداً ليقبضها، وحكم على دافعها بغرامتها، فهل له أن يستردّها ممّن قبضها منه، ويكون إنما صدقه بشرط أن يأتي صاحب الوديعة فيصدق الرسول فيسترد منه ما أعطاه، أو يكون تصديقه

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: المحيل.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: إبراء للمحيل.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لأقبضها منك.

له يمنعه من الرجوع على الرسول لاعتقاده أن صاحب الوديعة ظلمه في أن طلبه بالغرامة وأخذها منه، فذلك جائحة عليه لا رجوع له بها على من قبضها منه.

وهذا يلاحظ ما نحن فيه من اعتبار كون المحال إنما صدق المحيل بشرط أن يأتي الغائب فيقر بالدين أو يصدقه على الإطلاق واعتقد أنه لم يكذب، فيكون ذلك جائحة على المحال.

/ **والجواب عن السؤال السادس أن يقال:**

إذا باع رجل من رجل سلعة بمائة دينار، ثم أحال البائع رجلاً، له عليه مائة دينار، على مشتري السلعة منه بالمائة دينار، فاستُحقت السلعة من يد المشتري، أو ردّها بعيب حتى انفسخ البيع فيها، فبطل الثمن وسقط عن المشتري، فهل يسقط عن المشتري حق المحال عليه حتى لا يطلبه بشيء، أو يبقى حق المحال ثابتاً على المشتري، في طلبه بوزن الثمن الذي سقط عنه، ويرجع المشتري بما دفع للمحال على البائع الذي هو المحيل عليه؟ في المذهب في هذا عندنا قولان مشهوران:

/ ذهب **ابن القاسم** إلى أن الحوالة ثابتة، ولا يسقط حقُّ المحال وطلبُه عن المشتري، وإن كان لم يقبض منه ثمن السلعة التي[1] أحيل به عليه.

وذهب **أشهب** إلى أن الحوالة قد بطلت ببطلان البيع، ولو كان المحال قد قبض الثمن من المشتري لكان من حق المشتري أن يُرجعه منه، ويَرجع بهذا الذي استرجع منه على البائع الذي كان دينه عليه.

ومذهب **أشهب** هو اختيار **ابن المواز** وغيره من الأشياخ المحققين، واعتضدوا في ذلك بأن أصحاب **مالك** اتفقوا على أن المفلس إذا بيع ربعه وعروضه في دين وجب عليه، وأخذ ثمن ذلك غرماؤه، ثم استُحِق المبيع حتى كان من حق من اشترى مال المفلس أن يطلب ما دفع من الأثمان، أنّ المشتري

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الذي.

يستردّ الأثمان من يد الغرماء الذين قبضوها.

وفي هذا التشبيه عندي نظر، لأن الغرماء كأنهم هم الذين باعوا بأنفسهم، وقبضوا مما باعوه، فعليهم أن يردوه إذا استحق ما اشتراه المشتري منهم. ومسألة الحوالة قد وقع فيها إدخال يد ثالثة، وهي يد المحال، فصار ذلك كالفَوْت للأثمان، كما ننبّه عليه فيما بعد إن شاء الله تعالى.

فإذا تقرر أن في مسألة الحوالة، إذا رفع[1] الاستحقاق، عندنا قولان، فإن **الشافعية** لم تختلف، فيما علمت، في أن المحال إذا قبض الثمن فإنه لا يُستَرَد منه، وأما إن لم يقبضه حتى وقع الاستحقاق أو الرد بالعيب، فإن **المزني** في **جامعه الكبير**: أن الحوالة ثابتة. وذكر في **مختصره** أن الحوالة باطلة. وكان أصحاب **الشافعي** يشيرون إلى أنهم ليس عندهم، إذا لم يقبض الحوالة، اختلاف في المذهب، وإنما المذهب عندهم على قول واحد. ولكن اختلفوا: هل الصحيح منه ما قاله **المزني** في **جامعه** الذي ألّفه قبل مختصره: إن الحوالة ثابتة، أو الصحيح ما نقله في **مختصره** بعد ذلك أن الحوالة باطلة؟ فمنهم من رأى أن القول الذي تقدم له غلط، ومنهم من رأى أن القول الثاني هو/ الغلط، ومنهم من تأوّل قوله فقال: معنى القول بثبوتها، أي إذا قبضت، ومعنى القول بسقوطها أي أنها لم تقبض. هذه حكاية المذهب وأما سبب الاختلاف ففيه اضطراب:

فأما أصحاب **الشافعي** فإنه نص القولَ بثبوت الحوالة بأن **الشافعي** قال: الحوالة كالقبض. يريد بها أن الحوالة إذا قبضت لم تُستَرَد من يد قابضها، بلا خلاف عندهم. وإذا كانت نفس الحوالة كالقبض لم تبطل وإن بطل البيع.

ودفع بعضهم هذا الاحتجاج بأن قال: لم يرد **الشافعي** بأنها كالقبض في حق المحيل حتى يكون في مسألتنا كقابض الحوالة، وإنما أراد أنها كالقبض في

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وقع.

حق المحيل، بمعنى أنه لا يرجع عليه، وكونه قد أحال غريمه لكونه قد دفع إليه حقه وقبضه منه.

وبعض أشياخي يشير إلى أن هذا الاختلاف مبني على كون الحوالة بيعاً أو ليست ببيع وإنما طريقها المعروف فإن قلنا: إنها بيع لم تُنقض الحوالة بانتقاض البيع الذي أحيل بثمنه، كما قال **ابن القاسم**، وهي كبيع وقع بعد بيع، ألا ترى أن من باع عبداً بمائة دينار، ثم أخذ بالمائة دينار من المشتري سلعة، ثم استحق العبد، فإن البيع في الثوب لا يبطل وإن بطل ما يبنى عليه وهو بيع العبد. وكذلك الحوالة إذا قدرناها بيعاً لم تبطل ببطلان البيع الأول الذي بنيت الحوالة عليه.

وأنكر بعضهم هذا التشبيه بأخذ الثوب من ثمن العبد فقال: إنما مشتري العَبد إذا استحق من يديه أن يرجع بثمن العبد، وليس الثوبُ هو ثمنَ العبد فيرجع فيه، ولا الذمة هي نفس الثمن، وإنما هي محل الثمن، وثمن الثوب دنانير كانت في الذمة، فإذا بطل البيع في الذمة[1] العبد، وبطل الثمن، صار كمن اشترى ثوباً بدنانير فاستحقت الدنانير من يده فإنه لا يبطل البيع باستحقاقها.

لكن إنما يتبين صحة البناء الذي ذكرناه بأن العبد لو باع[2] بدنانير ثم اشترى رجل تلك الدنانير من بائع العبد الذي استحقها في ذمة مشتري العبد بما يجوز له أن يشتري هذا الدين، ثم استُحق العبد فإن الثمن لا يبطل بل يلزم مشتري العبد أن يدفعه لمشتريه من البائع، ويرجع هو بذلك على بائع العبد منه. وهذا لم يختلف فيه **ابن القاسم وأشهب**، وهو يؤكد هذا البناء الذي بنيناه من أن الحوالة إذا قدِّرت كالبيع فإن الصواب ما قال **ابن القاسم** في أن الحوالة لا تبطل باستحقاق العبد الذي وقعت الحوالة على ثمنه. وإن قلنا :ليست ببيع وطريقها

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب حذف الذمة.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بِيعَ.

المعروف بطلت الحوالة كما قال **أشهب**. / ويؤكد ذلك أن هذا الثمن لو تصدق به البائع على رجل، أو وهبه له، فاستحق العبد، أن الهبة والصدقة بطلت لما كانت الهبة والصدقة لم تقبض، فأما إن قبضت وأَفَاتها المتصدَّق عليه، فإنه لا يُرجع عليه، لأنه سلطه المالك لها عليها بالصدقة فأكلها على أنه لا غرامة عليه، فلا يلزمه بعد ذلك أن يغرمها،/ ويَرجع دافعُها إليه على بائع العبد بما أمره أن يخرجه من ذمته بالصدقة. وأما إن كانت قائمة بيد المتصدَّق عليه: فهل لدافعها إليه، وهو مشتري العبد، أن يستردها منه لكونه دفع ما لم يُستَحق عليه في الباطن غلطاً منه، والذي دفعه قائم بعينه فرجع[1] فيه، أو يمنع من ارتجاع ذلك من القابض وإنما يرجع على بائع العبد منه، كما لو قبض البائع ثمن عبده وتصدق به فإنه يرجع عليه بما تصدق به؟

اختلف قول **ابن القاسم** في ذلك، وهذا ومسألة النكاح إذا تصدقت المرأة بصداقها على رجل فلم يقبض الصدقةَ المتصدَّقُ عليه حتى طلقها الزوج قبل الدخول، وهو موسر، فإن الزوج يدفع الصداق إلى المُتصدَّق عليه، ويرجع هو بنصفه على الزوجة التي أمرته أن يدفعه إلى قابضه منه، وصار ذلك بالصدقة كالفوْت للصداق المتصدَّق به، وسقوطه بالطلاق بعد الهبة كسقوط الثمن في مسألة الحوالة بالاستحقاق، وما وقع من الاختلاف في مسألة الصدقة بالصداق، و[2] يذكر وجهه في كتاب النكاح إن شاء الله تعالى.

وقد أشار بعض الأشياخ إلى بناء مسألة الحوالة على طريقة ثالثة، وهي تقدير الحوالة كالفوت لِمَا وقعت الحوالة به، فيكون الأمر كما قال **ابن القاسم**، و[3] ليس ذلك كالفوت؟ فيكون الأمر كما قال **أشهب**.

ولما كان معتمَد بعض الأشياخ في إجراء الخلاف على كون الحوالة بيعاً

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فيَرجع.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حذف الواو.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أو.

أوليست ببيع، كما تقدم بيانه، نذكر الآن الخلاف في ذلك وسببه.

وظاهر المذهب عندنا على قولين: هل الحوالة كالبيع أو ليست كالبيع وإنما طريقها المعروف والإرفاق؟

وكذلك نظر أصحاب الشافعي على أن عندهم في ذلك قولين.

واعتل من قال: إنها ليست كالبيع بثلاثة أوجه:

أحدها أن النبي ﷺ قال: «وإذا أحيل أحدكم على مليء فليحتل»[1] وهذا أمر أقل مراتبه أن يحمل على الندب والاستحباب ولم يَرِد الشرع بإيجاب البيع ولا بالندب إليه على الإطلاق، وإنما ورد الشرع بالندب إلى فعل المعروف والإرفاق.

الوجه الثاني أن البيع يجوز مع اختلاف الأجناس، ومع الزيادة والنقصان، ولا يجوز ذلك في الحوالة كما تقدم في صدر الكتاب.

الوجه الثالث: أن الحوالة تجوز بدنانير على دنانير/ ويجوز الافتراق قبل التقابض. فلو كان ذلك بيعاً لكان ذلك كالصرف الذي لا يجوز فيه الافتراق قبل/ التقابض.

وأما من لم ينكر كونها بيعاً فإنه يقبل[2] بأن حقيقة البيع في اللغة نقل الملك بعوض، وهو هاهنا قد انتقل الملك بعوض فثبت له حقيقع البيع، واشتراط الشرع في جواز هذا البيع شروطاً لا تخرجه عن كونه بيعاً، وكذلك اختصاص الحوالة بتسمية الحوالة، ألا ترى أن بيع الدنانير بالدراهم واختصاصه بحكم، وهو منع الافتراق قبل التقابض، واختصاصه بتسمية وهو الصرف، لا يمنع ذلك من كون حقيقة البيع قد حصلت فيه.

---

(1) سبق تخريجه.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يقول.

والجواب عن السؤال السابع أن يقال:

قد قدمنا أن حقيقة الحوالة أن تكون على دين، وأن اشتقاقها يوجب ذلك، لأنها مشتقة من التحوّل، والتحول لا يكون إلا متضمناً لمكانين أحدهما هو الذي يزول عنه اللّيث[1] فيه. والآخر هو الذي ينتقل إليه. وكذلك الحوالة في الديون تقتضي أن يكون لإنسان دين في ذمة رجل فيطلب به، فيقول له: تحولْ عن ذمتي إلى أن يصير لك في ذمة رجل أخرى[2] عليه دين مثل دينك.

وهكذا أصْل المذهب، وعليه بنيت فروع هذا الباب، ألا ترى أن المذهب في رجل تحول بدين على ذمة رجل آخر فلما مات المحال عليه، قال المحال: أحلتني على غير أصل ديْن، فلي الرجوع عليك. وقال المحيل: أحلتك على دين لي عليه. فإن القول قول المحيل.

وهذا الذي قاله أصحابنا مبني على ما قدمناه من أن الحوالة حقيقتها أن تكون تحوّلاً عن دين في ذمة إلى ذمة أخرى فصار مدّعياً أن الحوالة كانت على غير دين بعد اعترافه أنها كانت حوالة، يدعي إبطال ما أقر به وإبطال حقيقة اللفظ الذي اعترف به.

ومن هذا أيضاً ما أشار إليه **ابن الماجشون** في **المبسوط**، فيمن تحول بدين له على رجل على رجل آخر فقال المحيل: ادفَعْه إليّ لأنّي إنما وكلتك على قبضه وسلمْه إليّ. وقال المحال: بل كنتُ استحقه عليك ديناً من قبل الحوالة: إن المدعي لكونه حوالةً إذا ادعى من ذلك ما يشبه صدقاً[3]، وإلا كان القول قولَ المحيل: إنك وكيل لي على القبض. فأنت تراه كيف أشار إلى أن القول قول من ادعى ما يقتضيه اللفظُ وحقيقةُ هذه التسمية وكونُها دالةً على أن الحوالة على دين. ألا ترى أن قرائن الأحوال على أنه ليس بمحال بل هو وكيل، فيكون

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: اللُّبْث.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: آخرَ لِي.
(3) هكذا في النسختين، والصواب: صُدِّق.

القول قول من ادعى ما دلت عليه قرينة الحال. وإن كان قد وقع **لابن القاسم في العتبية**، فيمن أحال رجلاً بدين له عليه على رجل آخر، فقال المحيل: إنما أحلتك على دين لي يكون ذلك سلفاً/ عندك ترده/ إليّ. وقال القابض: ما أخذته إلا عوضاً عن دين كان لي عليك: إن القول قول المحيل. مع كون المحيل ادعى أن هذه الحوالة كانت على غير دين يستحقه المحال.

وأشار بعض أشياخي إلى أن هذا كالمخالف لما أصلناه، ولما حكيناه عن **عبد الملك**، مع كون هذه المسألة آكد في تصديق القابض الذي يقول: ما قبضت دينك إلا من دين كان لي عليك. وهذا اتفاق منهما على أن المقبوض قبض على أنه ملك للقابض.

وهذا الذي أشار إليه شيخنا من التخريج للخلاف فيه[1]، وذلك أن قول المحيل: إنما قبضته ليكون لي سلفاً عليك، يشبه الحوالة على الديون لأنه لما التزم له أن يسلفه مائة دينار صار ذلك كدين عليه لمن سأله في السلف. وإذا صار كدين له عليه صارت الحوالة هاهنا على دين باتفاقهما جميعاً. وإنما تنتقل المسألة إلى أصل آخر، وهو من قال: قبضت من زيد مائة دينار كانت لي عليه، وقال زيد: إنما دفعتها إليك ليكون سلفاً لي عليك، فإن في المسألة قولين: هل يصدق القابض، لأنه ما أقر بعمارة ذمته، ولا أقر إلا بقبضٍ شرَط فيه أنه يستحق، فلا يؤخذ بأكثر مما أقرّ به. والقول الآخر: إن القول قول الدافع في أنه إنما دفع ذلك سلفاً، لأن القابض لو أتاه قبل أن يقبض منه شيئاً، فقال له: لي عليك دين، فأنكره المدعَى عليه، فإن الإجماع على أن القول قول المدعى عليه، فكذلك أن يجب أن يكون القول قوله في صفة ما دفع، وأنه دفعه سلفاً لا قضاءً عن دين، لأن الأصل أن القول قوله في إنكاره دعوى المدعِي عليه الدينَ. والأصل أيضاً أنهما اتفقا على أن هذا المقبوض الذي حازه قابضه أصلُ الملك فيه لدافعه، وإذا وقع اختلاف التداعي قدمنا الأرجح، والرجحانِ هاهنا في جنبة

---

(1) هكذا في النسختين، والمعنى: فيه [نظر].

من اعترف له بأصل الملك، وادعى عليه أن ملكه سقط، واحتج المدعي بالحيازة، فإن ذلك لا يقبل منه، لأن الحيازة، وإن كانت ترجيحاً لدعوى الحائز، فاعتراف الحائز لغيره بأصل الملك أقوى من دلالة الحيازة، ألا ترى أن رجلاً عليه ثوب، فقال له رجل: أعرتك إياه. وقال اللابس الحائز: وهبته لي. إن القول قول المقرّ له بأصل الملك، وأن ثوبه إنما خرج من يده على جهة العارية لا على جهة الهبة، والتمليك المؤبد.

وهذا الذي ذكرتُه عن بعض أشياخي في أنه جعل المذهب على قولين مما قدمناه في المسألتين: مسألة ابن القاسم/ في العتبية، ومسألة ابن الماجشون في المبسوط، هكذا الأمر عند الشافعية في مسألة المبسوط إن المذهب عندهم فيه/ على قولين:

أحدهما: أن القول قول المحيل، لما قدمناه من أنه اعترف له من ينازعه أن أصل الملك له. وهو مذهب شيوخهم، وبعض الأئمة من حذاقهم المتأخرين.

وهذا التفات إلى المعاني والأصول المفردة في الشرع، واطّراح دلالة اللفظ الذي هو اسم الحوالة، فإن ذلك إنما يكون ترجيحاً في الدعوى ما لم يصادمه ترجيحٌ آخر هو أقوى منه من الاتفاق على أصل الملك، وكون المدعى عليه بدين القولُ قولُه باتفاق. ومنهم من ذهب إلى أن القول قول القابض: إني إنما قبضت ما أستحقه عوضاً عن دين لي عليك، ولم أقبض على أني وكيل لك، تمسكاً من هؤلاء بدلالة هذا اللفظ واشتقاقها على حسب ما قدمناه. وقد بيّنا ضعف اعتلال أصحاب هذا المذهب.

وإذا تقرر هذا فإن قضاء القاضي بأن القول قول المحال: إني قبضت ما أستحقه فلا تفريع على هذا المذهب.

وإن حُكِم بأن القول قول المحيل، ترجيحاً له بما قدمناه، فهل للمحال أن يرجع على المحيل؟ هذا ممّا اختلف فيه العلماء، فمنهم من قال: إذا رفع أمره

إلى القاضي لم يحكم له على المحيل بشيء، لأنه قد اعترف المحيل ببراءة ذمته بالحوالة، وألاّ مطالبة له عليه، وأن الذي يستحقه إنما هو في ذمة المحال عليه، فليس له أن يطالب ذمةً بدين، هو معترف ببراءة هذه الذمة من دينه، كما لو اعترف بأنه قبض دينه فإنه لا مطالبة له به، ولا يصح للقاضي أن يحكم له بما يعترف أن الحكم به باطل.

ومن الناس من ذهب إلى أنه يحكم له القاضي، لأن الذي نفذ له حكم القاضي، من تصديق المحيل في أنه إنما وكل وكالة على القبض، لا يقتضي سقوط دعوى المحال.

وهذا القول إنما يتصور عندي لو كان المحيل معترفاً بدين المحال، ولكن المنازعة إنما وقعت في المقبوض هل قبض على أنه دين المحال، كما زعم قابضه، أو على أنه قبض وكالة[1] المحيل، فيصير المحيل كالمعترف بدين المحال، (يقول له: لا أستحقه قِبَلك، بل بَرِئت منه بالحوالة. فإن من أقر بحقٍ لرجل، وقال المقَرّ له: لا أقبضه، إني لا أستحقه إلا بحكم القاضي على المقر له، ويجبر المقَرّ له على قبضه. فكذلك هاهنا)[2].

لكن عندي أن وجه القول الثاني، الذي أنكره بعض الأئمة الحذاق في مسألة الحوالة هل هي حوالة أو وكالة/ يلتفت فيها إلى النظر فيمن كان له حق على رجل فجحده إياه، ثم عثر المجحود له الحقُّ على مال الجاحد، وصار في يديه، هل له أن يأخذه قضاءً عن حقه المجحود أم لا؟ في المسألة خلاف على الجملة/ قدمناه في كتاب البيوع. وهذا المحال يقول: إني، ولو اعترفت ببراءة ذمة المحيل من ذمتي، فقد ظلمني في أخذ الدين الذي أبرأته من سببه، فإذا أقر لي بشيء أخذته عوضاً عَمّا ظلمني فيه، وإن كنت أقول إني لا أستحق عينه ولكني أستحقه عوضاً عن ما غصبني إياه وجحدني فيه، فهذا مما ينظر فيه.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وكالة [عن] المحيل.

(2) هكذا في النسختين.

ومما يلحق بما قلناه، في دلالة الحوالة على أنها على دين، ما وقع لابن القاسم فيمن قال لرجل: خذ الدينَ الذي لك عليّ من الدين الذي لي على فلان، ففُلِّس فلان، فإن المحال يرجع على المحيل، ويقول له: إنما طلبته نيابة عنك لا على أنها حوالة أبرأتك بها من ديني، لأن قوله: خذ، أمر يحتمل أن يراد به الوكالة فلا يقع الإبراء بلفظ محتمل. فلو قال له: أحلتك بدينك على ديني على فلان، لوقع الإبراء، لدلالة هذه اللفظة عليه.

ومثل هذا ما وقع في المدونة في كتاب المكاتَب، في مكاتَب بين شريكين حل عليه نجْم فقال أحد الشريكين لشريكه بَدِّئْني بهذا النجم وخذ أنت النجم الآخر. فإن ذلك كسلف من المتطوّع بتبْدِئَة شريكه لا يبرأ منه إذا تعذر أخذ ذلك من المكاتب في النجم الثاني. وما ذلك، عند بعض أشياخي، إلا لأجل أن قوله «بدّئني» ليس فيه لفظ الحوالة التي تبرأ الذمة بها. ولو كان هذا وقع من أحد الشريكين بلفظ الحوالة لبرئ المحيل.

وهذا، أيضاً، عندي مما ينظر فيه، لأن ما على المكاتب ليس بدين ثابت مستقر، ألا ترى أنه إذا عجز عنه رجع رقيقاً، فكأن الحوالة ليست على أصل الدين. وهذا أيضاً مما ينظر فيه.

فإذا تقرر حقيقة الحوالة وأن مقتضاها أن تكون حوالة بدين على دين، فإن لم تكن كذلك، وإنما وقعت حوالة بدين على غير دين، مثل أن يقول رجل لرجل له على آخر دين: تحول[1] عليه به، وإنما أقوم بِهِ لك. واتفق من عليه الدين ومن له الدين والمحال عليه على هذا، فإن هذا جائز لا وجه يمنعه. وشذّ بعض أصحاب الشافعي فقال ببطلان ذلك، وأن الحوالة على غير دين لا تصح، تمسكاً منه بحقيقة هذه اللفظة في اللغة، وأنها إذا وُضعت غيرَ موضعها، وعَبَّر عنها[2] عن معنى آخر لا تقتضيه التسمية في اللغة، لم يصح ذلك، لكون

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أَتَحَوَّلُ.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بها.

الحوالة/ كأنها بيع دين بدين، كما قدمناه، والمراد بها أن يقال من[1] له الدين: ملّكْني ملك[2] مِن دينٍ على رجل معين بالدين الذي لي عليك. فالمعاوضة تقتضي نقل ملكٍ بملكٍ، فإذا كانت على غير دين اتضح[3] المعاوضة، وإذا لم تصح بطلت.

وهذا إفراط في اتباع التسميات.

ولو أسقط رجل ديناً له على رجل/ هبة منه له من غير عوض يأخذه من أخذ[4]، لصح ذلك وجاز، إذا قبل ذلك من عليه الدين، فكذلك إذا أسقط حقه عليه بأن يقوم له به رجل آخر على جهة الهبة، وكان المتلزم القيامَ بهذا الحق هو الواهبَ لمن عليه الدين، فصار ذلك كهبة من له الدين، ولا يمتنع في الشرع أن يبذل إنسان مالاً على أن يُسقط رجل حقه من رجل آخر، ألا ترى أن رجلاً لو قال لرجل: اعتقْ عبدَك، وعليّ مائة دينار، لجاز ذلك، وإن كان باذلُ المائة دينار لم يرجع إلى يديه عنها عوض. وكذلك إذا قال له: طلق زوجتك، وعليّ مائة دينار. فإن هذا أيضاً لا يُمنَع منه.

فإذا تقرر أن الحوالة على غير دين تصح فلا يخلو أن يكون المحال قد علم أنه أحيل على غير دين فرضي بذلك، أو اعتقد أنه أحيل على دين، ثم ظهر أنه إنما أحيل على غير دين. وإن كان عالماً بأنه أحيل على غير دين، ورضي بذلك، فلا مقال له عند جمهور العلماء، كما قدمناه. وإن كان لم يعلم بذلك، فله مقال في فسخ هذه الحوالة، لأجل اختلاف الناس في سقوط حق المحال على المحال عليه إذا فلس[5] عليه أو مات، كما سنبينه في موضعه إن شاء الله تعالى.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لِمَنْ.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: مَالَكَ.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لَمْ تَصِحَّ.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: آخر.
(5) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: إذا فُلس [المحال] عليه.

فأمّا إذا كانا عالمين، حين قبول الحوالة، بهذا العيب، ودخل عليه، فإنه يلزمه ما رضي به من ذلك. وهاهنا وقع الاضطراب في الروايات إذا وقع الفلس والموت من المحال عليه هل للمحال رجوع على المحيل الذي كان أصل دينه عليه أم لا؟

فأطلق **ابن القاسم** القول بأن لا رجوع له عليه.

وروى **ابن وهب** عن **مالك** في رجل قال لرجل: حرّقْ صحيفتَك المكتوبةَ على فلان بالدين الذي لك عليه، واتْبَعْنِي. فإنه إذا وقع الفلس أو الموت من القائل ذلك، فإن المحال رجع[1] على غريمه، لأنه إنما وَعَدَ أن يسلف الغريمَ سلفاً، فلم يصح السلف، فإذا لم يصحّ رجوع[2] على غريمه الذي أحاله.

ووقع **لأشهب** أنه إذا وقع الفلس رجع على المحيل، قولاً مطلقاً.

وروى **مطرف** عن **مالك** فيمن قال: تحملْ لي بمالي على فلان، وأنا لاتبعه[3] لسوء معاملته/ أوْ لِامتناعه بالسَّلْطَنَةِ. فرضي بذلك، فإنه يَتْبع هذا الملتزمَ للحق، على كل حال، إلا أن يشاء أن يرجع على غريمه فله ذلك.

وقال **ابن الماجشون**: هذا الشرط باطل، والحكم فيه كالحكم في الحمالة المطلقة، وله أن يطلب غريمه إلا أن يقول له: أتحوّل بحقي عليك. فإذا قال له هذا اللفظَ لم يكن له رجوع على غريمه. فأجرى الحوالة على مقتضاها، واتّبع في اشتقاق التسمية دون **ما** يراد بها بين هذين اللذين اصطلحا بها على معنى آخر.

وقد وقع في **المدونة** لفظان/ في الحوالة على غير دين، هل يكون[4]،

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يرجع.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: [كان له] الرجوع...
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لا [أ] تْبَعُه.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يُمَكَّنُ.

كالحمالة، بطلب الغريم مع حضور المحال عليه، أو لا يمكّن من طلبه، لأنها كحمالة شُرِط فيها التبرئة[1] بالمحيل فيوفّى بالشرط. وقد كنا نحن قدمنا في كتاب الحمالة الاختلاف في المذهب في شرط التبْدِئة بالحميل، هل يوفى بهذا الشرط أم لا؟ واعلم أنه يقع هذا لأداء الدين عن الغريم على وجهين:

أحدهما: أن يكون الملتزم لقضاء هذا الدين قصد بذلك الهبة، وإسقاطَ الطلب عمَّن هو عليه، لا ليرجع به عليه، ولكن على جهة الصِّلة والصدقة، أو يكون قصد بذلك أن يكون سلفاً لمن هو عليه، يقوم عنه بالدين الذي عليه إلى حينٍ أو إلى أن يقدر على قضائه.

وقد اختلف المتأخرون في ضبط هذه الرواية التي قدمناها، فأشار بعضهم إلى أن ما ذكر فيه ألاَّ رجوعَ على المحيل، مَحْمَله على أنه التزم القيام بالدين على جهة الهبة، لا ليرجع به على من هو عليه. وعلى هذا يُحمل ما وقع **لابن القاسم**، وما ذكرناه عن **ابن وهب**، مما ظاهره مخالف لما قاله **ابن القاسم**، فقد صرح بكون ذلك الإلزام سلفاً. وهذا التأويل للروايات له وجه نبه عليه **ابن المواز** وأشار إلى اختلاف حكم الوجهين: هل هذا الالتزام سلف أو هبة؟ فإنه إذا كان سلفاً رجع مؤدي هذا الدين على من كان الدين عليه، فيقول المحال للمحال عليه: أَليس لو أَخَذتُه منك لكان لك به مرجِع على غريمي، فأنا أرجع على غريمي الأصلي، وأنت غريمي الفرعي، وطلبي عليك؛ فإذا فلست، وقد توجه حقي عليك، فلي أن أرجع به على غريمك الذي كان هو غريمي الأصلَ، وأَحلّ في طلبه محلَّك، وأنا، وإن كنت أبرأته بالحوالة، فإني أطلبه من وجه آخر، وهو كونه غريمي، وغريمي الأصليّ صار غريماً/ لك، حتى إذا كان التزامه للأداء على جهة الهبة ارتفعت هذه العلة، ولم يكن غريماً لغريمي، وقد كنت أبرأته بالحوالة فلا رجوع لي عليه.

ومن المتأخرين من حمل إطلاق **ابن القاسم** بأن لا رجوع على المحيل،

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: التبْدِئة.

هاهنا، على أن المراد به ما دام لم يفلس، ولم يثبت[1]، فيكون ذلك موافقاً لقول **ابن وهب**، ولقول **أشهب**. وبعض أشياخي، يعني **اللخمي**، يرى أن هذا الالتزام للقيام بالدين إذا كان على جهة السلف لمن عليه الدين فإنه لا يختلف المذهب في هذا الملتزم إذا أفلس كان من حق المحال أن يرجع على غريمه الأصلي الذي هو المحيل.

وكأن شيخنا هذا أنحى[2] إلى ما أشار إليه **ابن المواز** من أن الرجوع عليه ليس إبطالاً، (ألا ترى الذي تقدم منه)[3] وإنما رجع عليه/ من وجه آخر وهو كون[4] غريم غريمه. وكأن هذا الشيخ أيضاً يرى أنه إذا كان ذلك على جهة الهبة جرى ذلك على قولين في رجل وهب مالاً فلم يقبضه الموهوب له حتى مات الواهب وقد (مكنه القابض)[5]، فإن الهبة تبطل من غير خلاف عندنا.

ولو كان الموهوب له هذا المال قد أحال به رجلاً آخر ثم مات الواهب ففيه قولان:

أحدهما: بطلان الهبة لأن هذا المحال يدهُ كيد الموهوب له هذا المال، فإذا كان موت الواهب يبطل الهبة في حق الموهوب له، فكذلك يبطل موته الهبة في حق هذا المحال على الهبة.

والثاني: أن الهبة لا تبطل، لكون يد أخرى استحقتها وليست هي يد الموهوب له، فكذلك هاهنا إذا كان الملتزم لفظ الدين التزمه على جهة الهبة ثم فلس الملتزم، فإن حق المحال تعلق بهذه الهبة فلا يُبطِل حقَّه الفلسُ، ويحاصّ

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يمت.
(2) هكذا في النسختين، والصواب: نحا.
(3) هكذا في النسختين.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: كَوْنُه.
(5) هكذا في النسختين، والأقرب: أمكنه القبض.

غرماءَ المحال عليه، ولا يرجع على المحيل، وتكون الحوالة هاهنا كالقبض والاستيفاء من المحيل.

وإن قلنا إن الحوالة هاهنا ليست كالقبض والاستيفاء، وإن الفلس يبطل الهبة في حق هذا المحال، لكونه يحل محل الموهوب له، فإن المحال يرجع على المحيل.

وكان يرى أيضاً أنه لا خلاف في أنه لا يُبدَّأ بالطلب هذا الملتزم المحال عليه.

وهذا الذي أنكر أن يكون فيه خلاف، ظاهر الروايات إثبات الخلاف فيه. وقد قدمنا لك الخلاف في شرط التبْدِئَة، هل يوفَّى بها أم لا؟ وأن الحوالة على غير دين كالحمالة/ المطلقة، فيما ذكرناه لك من الروايات. وقد ذكرنا لك عن ابن الماجشون ما ظاهره منع الرجوع على المحيل، قولاً مطلقاً. وذكرنا لك من رواية مطرف ما يقتضي تمكين المحال من الرجوع على المحيل، قولاً مطلقاً.

والذي عندي من تحقيق القول في هذا الاضطراب في الروايات، والاختلاف في التأويلات، إن هذا المحال إن أبْرأَ المحيل، براءة مطلقة مؤبّدة، وصل إلى حقه من المحال عليه أو لم يصل، وصرح بذلك، وبأنه لا مرجع له على المحيل على حال، فإنه لا ينبغي أن يُختلف في كونه ممنوعاً من الرجوع عليه.

وإن قيّد إبراءه له بأن قال: أنا أُبْرِيه ما دمت متمكّناً من الوصول إلى حقي من هذا المحال عليه، فإن تعذّر فأنا باق على حقي على المحيل. فإنه لا ينبغي أيضاً أن يختلف في تمكينه من الرجوع. فإنْ هَجَسَ في النفس أن الحوالة إذا كانت مبايعة فإن المبايعة على هذا الشرط تُمنع، فإنّا قدمنا أنها لم تجر مجرى البيع في سائر أحكامه، وأيضاً فإنها هاهنا ليست عن معاوضة ولا بيع دين/ بدين، فخرجت عما أشرْنا إليه من هذه المعارضة. ومتى وقع الإبراء مطلقاً ولم يصرَّح بأحد الوجهين، فهاهنا قد يحسن الخلاف في منع المحال من الرجوع

على المحيل، وأنه لا يقبل قوله: إني أردت بإبرائه ما دمت متمكناً من أخذ حقي ممن أحالني عليه، ويقبل قوله هاهنا. وهذا تحقيق القول عندي في هذه المسألة.

فإذا كان المحيل ليس له دين على المحال عليه، وإنما التزم أن يقضي عنه الدينَ سلفاً يرجع به عليه، فإن هذا المحال عليه الملتزم لقضاء الدين إذا فُلِّس كان للمحال أن يرجع على المحيل، كما قدمنا وجه التعليل فيه من كونه غريم غريمه، على ما أشار إليه ابن المواز، على ما ذكرنا اضطراب الروايات فيه. فإن وجده معسراً وأراد أن يتبع المحال عليه، جرى ذلك على القولين المتقدمين في صحة هذه الهبة، التي هي هبة منافع المال، إذ لا فرق بين أن يهب رقبة المال، أو يهب الانتفاع به. فإن قلنا: إن هذه الهبة لا يبطلها فلس الواهب لكون طالبها ليس كالموهوب له، كان للمحال أن يحاصّ غرماء المحال عليه الملتزم لهذه الهبة. فالذي حاصهم بالذي نابه في الحصاص معهم/ يكون سلفاً في ذمة المحيل، يتبعه به المحال عليه، وهو المسلف له. فإن حاص المحالُ غرماءَ المحال عليه فنابه في الحصاص خمسون ديناراً، وقد كان دينه الذي أحيل به عليه مائة دينار، فقد صار هو والسلف سِيَّان فيما يطلبان به المحيل، لأنه بقي للمحال من أصل دينه خمسون ديناراً، وقبض خمسين ديناراً، وهي من مال المحال عليه، فإذا طرأ للمحيل مال تحاصّ فيه غرماء الغريم الأصلي، وهو القابض خمسين ديناراً من مال المحال عليه، مما بقي له وهو خمسون ديناراً، وجب أن يرجع المحال بنصفها وهي خمسة وعشرون ديناراً، فإذا وجب أن يرجع بنصفها وهو خمسة وعشرون ديناراً، فقد انتقض بالحصاص[1] الأول، لأنه كان حاص غرماء المحال عليه بجميع دينه، وهو مائة دينار، فلما طرأ لغريمه خمسون ديناراً وأخذ منها نصفها وهو خمسة وعشرون ديناراً وبقيت الخمسة وعشرون ديناراً الأخرى للمسلف، تبين لنا أن الحصاص كان على وجه

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الحصاصُ.

الغلط، وإنما كان حقه أن يحاص بخمسة وسبعين ديناراً، وهي الفاضلة عن هذه الخمسة والعشرين التي أخذها من غريمه الأصلي، فإذا كانت المحاصة بها لم تكن بالمساواة، كما فعلنا أوّلاً، فلأن غرماء المحال عليه إذا كان دينهم مائةً، وهذا المحال به مائةٌ، كان الحصاص على التساوي/ يقسم المال نصفين، فإذا صار للمحال خمسة وسبعون كان الحصاص على سبعة أجزاء: للمسلف أربعةُ أجزاء خمسة وعشرون. والذي انكشف لنا أن دينه خمسة وسبعون ثلاثة أجزاء، كل جزء خمسة وعشرون، فيرد المحال من الخمسين، التي قبض، سبعةَ دنانير وسبعاً وهي التي زدنا له في الحصاص غلطاً، وبقي في يده ثلاثة وسبعون غير سبع دينار، فإذا بقي له ذلك حصل الحصاص له بثلاثة أجزاء، لأنه قد ردّ جزءًا من سبعة، فيكون الباقي في يديه ثلاثةَ أجزاء من سبعة فتضاف هذه السبعة وسبعٌ إلى الخمسة وعشرين التي طرأت للغريم الأصلي، وهو المحيل، فيكون الجميع اثنين وثلاثين ديناراً وسبع دينار، فيصير ذلك مالاً للمحيل يقسمه غرماؤه، وهما المحال والمسلف أسباعاً، ثلاثة أجزاء منه للمحال وأربعة أجزاء للمسلف يأخذها غريمه.

وقد ذكر **ابن المواز** في كتابه **عن مالك** و**ابن القاسم** فيمن أحال بدين على رجل/ آخر، ثم تبين له أنه ليس له على المحال عليه إلا بعضه، فإنه تتم الحوالة فيما يساوي ما لَه عليه، ويصير الباقي حمالةً يتبع بها أيّهما شاء. وهو[1] الذي قاله **ابن المواز** مما يؤكد ما تعقبته على بعض أشياخي من قوله: إنه لا يختلف في أنه يُبدَّأ بالمحال عليه، وإن كانت الحوالة على غير دين، لما ذكر **ابن المواز**، هاهنا، من أنه يتبع بهذه الحمالة أيّهما شاء، مع وقوعها على وجه الحوالة، وإن كانت في الباطن حوالة. قال **ابن المواز**: وإذا كان لغريمك مائة دينار، والمحيل غائب، فالذي مات يحل ما عليه من دين وجمالك[2] فإنك

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وهذا.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حمالة.

تحاص غرماءه بالمائة كاملة، فيصيبك بالحصاص خمسون، منها خمسة وعشرون عن الحول[1] وخمسة وعشرون على الحمالة. فما كان منها للحمالة صار ديناً للميت على المحيل الغائب، ولك أنت عليه بقية الخمسين، التي هي حمالة، وذلك خمسة وعشرون، والميت لك، أيضاً، بها حميل، وبقي لك على الميت خمسة وعشرون الحول[1] لا ترجع بها على أحد، فإذا قدم الغائب أخذتَ منه الخمسين، التي عن الحمالة، كلَّها، لنفسك وللميت، فتردّ على الميت منها الخمسةَ وعشرين التي كنت أخذت منه في المحاصّة بسبب المحاصّة. فالذي صار للميت منها تضرب فيه أنت بما بقي لك على الميت من الحول خاصة، وهي خمسة وعشرون، إذاً لم يبق لك من الحمالة شيء، ويضرب غرماء الميت بما بقي لهم، يريد **ابن المواز** وهو خمسون، فتأخذ أنت ثلثها ولهم ثلثاها. وبنى **ابن المواز** على هذا وجه العمل في المحاصّة إن لم يوجد في مال القادم/ إلا خمسة وعشرون، وفصّل حسابها على هذه الطريقة، وكذلك إن لم يوجد في يده إلا عشرون.

والجواب عن الجميع مأخوذ بما[2] قدمناه، وإنما تختلف الأجوبة الذي[3] يقتضيه الحساب. وهي أيضاً طريقة **يحيى بن عمر** في مسألة الزرع الرهن الذي لم يبد صلاحه يُفلّس صاحبه، فيحاص من بيده الزرع الغرماءَ، فإذا حل بيع الزرع كان ما يأخذ من ثمنه مثل ما يقتضيه من الغريم الغائب. وقد تقدم بيان ذلك في كتاب التفليس.

والجواب عن السؤال الثامن أن يقال:

ذكر في **المدونة** في الحوالة بالكتابة على مكاتب آخر فقال فيمن له عبد

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الحوالة.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ممّا.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بالذي.

مكاتب آحال سيدَه بالنجوم التي عليه على مكاتب لهذا المكاتب الأعْلى، : إن ذلك جائز/ إذا اشترط تعجيل عتق المكاتب الأعلى، ويتولى سيد المكاتب الأعلى قبض نجوم المكاتب الأسفل، فإن وفّاها له خرج حراً، وإن عجل[1] كان له رقيقاً.

وهذا الذي قاله يجري مجرى بيع كتابة المكاتب، فالمذهب جوازه وإن كان فيه غرر، لأن مشتري الكتابة لا يدري ما يحصل له عوضاً عن الثمن الذي اشترى به الكتابة هل النجوم، التي على المكاتب، يقبض جميعها منه، ويخرج حراً، أو يعجز عن أدائها فيصير رقيقا المشتري[2] كتابته. وكذلك السيد الأعلى تحوّل على الكتابة التي عقدها لعبده إلى كتابة عبده لعبد عبده، لا يدري هل يستوفيها أو يأخذ عوضها عنها رقبةَ العبد المكاتب، مع ما في هذا من الغرر. ونذكر وجهه في كتاب المكاتب إن شاء الله تعالى، والخلافَ الذي فيه. بل هذا أخف من شراء أجنبي لكتابة مكاتب السيد الأعلى، هاهنا العَبْدَانِ جميعاً المكاتب الأعلى والمكاتب الأسفل كأنهما في حكم ملكِه إذا وقع العجز منهما عن أداء المال، والضرر هاهنا يخفّ لكون الثمن والمثمون في حكم التحول بالكتابة.

ولكن عارض الأشياخ الحذاق هذا التقييد الذي وقع في **المدونة** من قوله: ذلك جائز إذا اشترط تعجيل عتقه. فقالوا: لا معنى لهذا التقييد، واشتراطِ تعجيل مَّا حُكْم يوجب تعجيل العتق وإن اشتُرِط، لأن السيد الأعْلى قد أخذ عوض النجوم التي له على عبده الذي كاتبه كتابة عبد لعبده، فصارت هذه مبايعة، وإذا باع السيد نجوم عبده المكاتب منه بنفسه، وأخذ عوضها صار حراً وإن لم يشترط حريته، كما لو دفع إليه المكاتب جميع النجوم لصار حراً بدفعها

(1) هكذا في النسختين، والصواب: عَجَزَ.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لِمُشتري.

إليه وإن لم يشترط حين الدفع أنه عتيق، لأن عقد الكتابة على أنه أدى[1] كتابته خرج حراً، يعني عن/ هذا الاشتراط.

وما أرى هذا الاشتراط المذكور في **المدونة** ملغى مطرحاً، وإنما العذر فيه عندي أن السيد إذا أحيل على كتابة مكاتب لمكاتبه. ، فإنه إن لم يتعجل قبض الكتابة، فيكون ذلك كما لو قبض من مكاتبه جميع الكتابة، فيكون حراً بقبض جميعها. وهذه هاهنا لم يقبض، فيمكن أن يكون القصد بها أن يوقف العتق حتى يعلم ما يحصل للسيد الأعلى، أو يقصدان بذلك أن لا ينادي[2] السيد الأعلى نجوم المكاتب الأسفل، فإن عجز قام له المكاتب الأعلى ببقية الكتابة/ التي كانت له عليه. ولو قصد ذلك لكان ذلك ممنوعاً، في أحد القولين، لأن المعاوضة التي لا تجوز بين الأجنبيين سامح بها ما بين العبد المكاتب وبين سيده إذا اشترط تعجيل العتق، لكون السادات مندوبين إلى عتق عبيدهم، ويثابون على ذلك، وموعودون في الشريعة بأن الله تعالى يعتق بكل عضو أعتقوه عضواً منهم من النار. ولهم أن يعتقوا بغير عوض. وندبوا أيضاً إلى أن يضعوا من آخر الكتابة شيئاً، استعجالاً للعتق، حتى إذا فعلوا ذلك من غير اشتراط تعجيل العتق أُجْرُوا مجرى الأجانب في التعاوض. هذا أحد القولين في المذهب. وقيل بجواز ذلك، وإن لم يشترط تعجيل العتق، التفاتاً إلى أنّ ما يأخذه السيد وما يسلمه كأنه في حكم ملكه، وكأنه نقل ملكه من جهة إلى جهة، وإلى أنه قد أجيز في المذهب قِطاعة أحد الشريكين في المكاتب عن نصيبه، وإن لم يشترط تعجيل العتق، ولا كان هو الحكم، وما ذلك إلا لأن الشريك الذي قاطع لا يقدر على تعجيل عتق نصيبه لحق شريكه فصار معذوراً في ترك الاشتراط لعدم قدرته عليه بخلاف السيد الواحد الذي تملك تعجيل عتق عبده.

فهذا العذر عندي في تقييده في **المدونة** بما ذكرناه عنه.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: [إنْ] أدّى.

(2) هكذا في النسختين.

وإذا تقرر هذا فإن المكاتب إذا آحال سيده بنجم حلّ عليه على دين له ثابت على رجل أجنبي فإن ذلك جائز، وَيبرَأُ المكاتب من هذا النجم، ويتبع سيدُه المحالَ عليه، فلس أو مات أو لا مال له، كما قدمناه في حكم الحوالة.

وإن كان النجم لم يحل فإن ذلك لا يجوز لما قدمناه أيضاً في شروط جواز الحوالة وأن من شروطها أن تكون الحوالة بما حلّ على ما حلَّ أو ما لم يحل. وهذا على أحد القولين في المعاوضة بما لا يجوز بين الأجانب هل يجوز فيما بين السيد ومكاتبه إذا لم يشترط تعجيل العتق، كما بيناه وبيّنا وجه الخلاف فيه.

ولو كانت نجوم المكاتب لم تحلّ فأحال بجميعها على رجل له عليه دين ثابت، فذكر في **المدونة** عن **ابن القاسم** أنه منع ذلك/ وقاسه على ما سمعه من **مالك** من أنه منع أجنبياً أن يشتري كتابة مكاتب بما لا يجوز.

وقال غيره: بل جائز، وهو كمن قال لعبده: إن جئتني بمائة دينار فأنت حر ثم قال له: إن جئتني بألف درهم فأنت حرّ. وأشار الغير بهذا التشبيه إلى أن العتق إنما وقع/ بما يستقر الأمر عليه في آخر ما يعاقد السيد عليه مكاتبه.

وقد عارض بعض الأشياخ تشبيه **ابن القاسم** هذه المسألة بما حكاه عن **مالك** من منعه الأجنبي أن يشتري كتابة المكاتب على وجه لا يجوز، بأن ذلك إنما منعه **مالك** لأنها معاوضة بين أجنبيين لا تعلق لملك أحدهما بالآخر، وهاهنا وقعت المعاوضة بين السيد وعبده، وقد قدمنا أن مكاتبه وما في يديه كأنه في حكم ما يملك.

وما أرى عذر **ابن القاسم** عن هذا إلا أنه لما كانت هاهنا الحوالة بكتابة لمكاتب أجنبي، والمحال الذي هو سيد المكاتب، والمحال عليه، أجنبيان لا تعلق لمحال أحدهما بالآخر، صار المحال عليه لما قبل الحوالة عليه على هذه الصفة، والمحال أيضاً تحول على أجنبي لا شبهة له في ماله، صار ذلك كشراء أجنبي مكاتبة عبدٍ على وجه لا يجوز.

وقد قال بعض الأشياخ: إن هذا الاختلاف الذي وقع **لابن القاسم** وغيره في **المدونة** في هذه المسألة إنما محله على أنهما فعلا ذلك ولم يشترط المكاتب تعجيل عتقه، ولا اشترط السيد بقاءه حتى يقبض ما أحاله عليه، فهاهنا يختلف **ابن القاسم** وغيره. وأما لو اشترط تعجيل العتق لم يختلف **ابن القاسم** وهذا الغير المذكور في **المدونة** في جواز ذلك. وإذا اشترط تأخير العتق حتى يقع القبض فلا يختلفان أيضاً في منع ذلك، وإنما اختلافهما مع الإضراب عن اشتراط تعجيل العتق أو تأخيره. وقد قدمنا نحن الاختلاف في تحويل الكتابة على وجه لا يجوز بين الأجنبييْن مع عدم اشتراط تعجيل العتق.

فإن كان الغير المشار إليه في **المدونة** من الذاهبين إلى منع هذا مع عدم اشتراط تعجيل العتق فالذي حكيناه عن بعض الأشياخ أنهما لا يختلفان في المسألة إذا اشترطا تأخير العتق، صحيح، على ما ذهب إليه. وقد ذكر في **المدونة** فيمن اكترى داراً وأحال بالكراء على رجل آخر لا دين له عليه: أن رب الدار لا يطالب المحال عليه بالكراء إلا بعد أن يتعذر أخذ الكراء من المكتري. وقد كنّا نحن قدمنا أنه وقع في **المدونة** لفظان: أحدهما يدل على أن الحوالة إذا كانت على غير دين فإن البداية بالمحال عليه لأجل اتباع لفظ الحوالة وما اشتقت منه،/ على ما تقدم بيانه. واللفظ الآخر يدل على أن لفظ[1] مطرح، وإنما المطلوب المعاني فإذا كانت الحوالة على غير دين فإنما هي/ حمالة، وتسمية الحوالة لا تغير حكم الحمالة المطلقة، وفيها قولان: هل يبدأ بالغريم أو يكون المتحمّل له بالخيار بين أن يبدأ بالغريم أو بالحميل؟ وكذلك اختلف إذا اشترط التبدئة بالحميل هل يوفِّى بالشرط، على ما تقدم في كتاب الحمالة، أم لا؟

وحمل بعض الأشياخ ما وقع في **المدونة** في هذه المسألة من أن رب الدار إنما يبدأ بالمكتري، فإذا عجز المكتري طلبه المحيل[2]. على أن هذا الشرط

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: اللفظ.

(2) هكذا في النسختين.

إنما وقع من رب الدار لمنفعة نفسه لا لمنفعة المكتري، فيكون حينئذٍ يجري ذلك مجرى الحمالة المطلقة. وأما لو كان ذلك الاشتراط من المكتري لكانت البداية بالمحال عليه، ولا يختلف في هذا، لأن المنفعة هاهنا للمكتري ليقوم عنه بالكراء رجل آخر يسلفه إياه حتى يتيسر له قضاء هذا السلف فيقضيه.

وذكر في **المدونة** أيضاً هاهنا فيمن أكرى داراً بدين له على آخر: أن ذلك جائز إذا شرع المكتري في السكنى. وذكر في كتاب بيوع الآجال من **المدونة** أن ذلك يجوز، قولاً مطلقاً، ولم يقيده بكون المكتري يشرع في السكنى. ومنع في كتاب ابن **المواز** منعاً مطلقاً، والمنع لكون هذه المنافع مضمونة على ربّ الدار، فإذا انهدمت انفسخ الكراء، فصار ذلك لسبب الضمان كشراء دين بدين. وأمّا القول بالجواز فلأجل أن المنافع لما كانت تُجتنَى من دار معينة كانت كعرض معيّن اشتراه بدين له على آخر. وأما اشتراطه أن يشرع في السكنى فلأن ذلك كالفسخ لدين في دين، وفسخ الدين في الدين لا يجوز فيه التأخير، وإن قلّل من التأخير، ويمنع اشتراط ذلك. وكأن الحمالة كفسخ دين في دين، فلهذا اشترط الشروع في السكنى. وقد أجازوا أن يكتري المكتري داراً بثمن يكون عليه مؤجلاً، ولم يجعلوا هذا كدين بدين كما أجازوا أن يشترى (دين بمعينٍ)[1]، ضمانُه من بائعه جاريةً تُتواضع، أو سلعة غائبة. واختلفوا في شراء دين بثمن يشترط تأخير قبضه الزمنَ القريبَ، كما تقدم بيانه في كتاب البيوع.

وهذه المسائل قد بسطنا كثيراً منها في كتاب البيوع، وسنبسط إن شاء الله تعالى في كتاب الأكرية ما بقي منها. وإنما ذكرنا هاهنا لذكرها في كتاب الحوالة من **المدونة**. تم كتاب الحوالة بحمد الله تعالى.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بِدينٍ معيَّنٍ.



كتاب الغصب والتعدي

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

صلى الله على سيدنا محمد وسلم

/ كتاب الغصب والتعدي وما يتصل بذلك من الاستحقاق.

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب رحمه الله تعالى ورضي عنه:

ومن أتلف مالاً لغيره ظلماً لزمه بَدَلُ ما أتلف. والإبدال ضربان: مثْلُ المتلَف في/ الخلقة والصورة والجنس وقيمة[1]. وذلك لانقسام المتلَفات، فالمثل يراعى في المكيل والموزون، والقيمة تراعى فيما عَدَا ذلك من سائر العروض والحيوان. (ثم الاعتبار في القيمة حال الجناية)[2] ضربان:

منها ما يبطل قدراً من المنفعة دون جلها والمقصود من العين، فهذا يجب فيه ما نقص. ومنها ما يذهب بجملتها، أو بالمنفعة المقصودة منها والتي[3] تراد وإن كانت العين باقية. ففي إتلاف جملتها تجب القيمة، وفي إتلاف المقصود: إن شاء أخذ ما نقص، وإن شاء أسلمها وأخذ قيمتها كاملة. وذلك كالمركوب الذي يُجنَى عليه بما لم يمكن معه ركوبه، إما مشاهدة أو عادة. وكالعبد الذي يُتلف المنفعة منه بقطع يدهِ أو عَرَجِه، وإن بقيت هناك منافع تابعة غير مقصودة.

---

(1) في المغربية: والقيمة. وفي الغاني: وقيمته.
(2) في المغربية والغاني: والاعتبار في القيمة حال الحناية. ثم الجناية. . . .
(3) في المغربية والغاني: والتي [لها] تراد.

قال الفقيه الإمام رحمه الله تعالى ورضي عنه:

يتعلق بهذا الفصل ثلاثة أسئلة منها أن يقال:

1 ـ ما الدليل على أن تناول الأموال بغير حق محرم؟

2 ـ وما الحكم فيمن تعدى على مالٍ فأتلف ذات الشيء أو بعضها؟

3 ـ وما الحكم فيمن أتلف بعض الذات دون جملتها؟

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال:

تناول الأموال يقع على وجهين:

مأمور به ومنهي عنه.

فالمأمور به على وجهين: أمر على الوجوب، وأمر على الندب.

وكذلك المنهي عنه على وجهين: وجه على التحريم، ووجه على الكراهية.

هذا في العبادات، وأما في غيرها فيُتناول على الإباحةِ.

فأمّا تناوله على الوجوب فأخذ الزكاة من[1] منعها، وذلك معروف للأئمة، وأخذ الحقوق مِمّن منعها، ودفعُها لمستحقها، على حسب ما يجب على الحاكم.

وأما المنهي عنه فيتنوع أنواعاً كثيرة:

فالمحرّم منها أخذه بالباطل، فمن ذلك: السارق يأخذ السرقة وهي أخذه سراً. وإن أخذه مجاهرة اختطافاً له، سمي نهباً، أو على غير جهة التّسوّر عليه بل بالتحيّل فيسمى اختلاساً، أو بالحرابة فيسمى محاربة، أو بالإستيلاء والقهر

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: مِمَّنْ.

فيسمى غصباً، والجميع محرم، ولكن تختلف أحكامه، فلأجل اختلافهما[1]. واختلاف صفات الأخذ وضعت لكل واحد تسمية.

/ والمكروه ما لم يرد الشرع بالإذن فيه ولا بالنهي عنه على جهة التحريم، كثمن ما يكره بيعه كالكلب وغيره.

والدليل على تحريم ما ذكرنا أنه مجرم: الكتاب والسنة وإجماع الأمة والقياس المعقول معناه.

فأما الكتاب فقوله تعالى: ﴿**لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل**﴾[2] وجميع ما عددنا من المحرمات أكل المال بالباطل، وقد شدد الله الوعيد في ذلك فقال: ﴿**إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم ناراً وسيصلون سعيرا**﴾[3] وخصّ اليتامى بالذكر لكونهم/ لا يدافعون عن أموالهم ولأن الآكل له إذا اؤتمن عليه أضاف إلى قُبحِ التحريم قبحَ الجناية، وأنه لم يؤدّ الأمانة.

وكذلك توعّد الله سبحانه مانع الزكاة بأنه يحمى عليها في نار جهنم فتكوى بها جباههم وجنوبهم وظهورهم.

وكذلك توعد النبي ﷺ في منع الزكاة في الأحاديث الصحيحة بأن الماشية تطأ مَن مَنَع من زكاتها بأخفافها يوم القيامة. إلى غير ذلك من الأحاديث الواردة في مثل هذا لشدة الوعيد.

وقد اجتمعت الأمة على تحريم أخذ أموال المسلم بغير وجه يبيح.

وأما القياس المعقول معناه فإن الله سبحانه نبّه على الحكمة والمصلحة في إيجابِهِ القِصاص من القتل فقال تعالى: ﴿**ولكم في القصاص حياة**﴾[4] والمراد

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: اختلافها.
(2) النساء: 29.
(3) النساء: 10.
(4) البقرة: 179.

بذلك أن القاتل إذا قتل ولم يقتص منه استبيحت الدماء، وأفنى الناس بعضهم بعضاً بالقتل ظلماً. . وإذا عَلِم القاتل أنه يقتل إذا قَتَل مع ما ركب الله سبحانه في الطباع والغرائز من الخوف على النفس، كفّ عن القتل لئلا يقتل. فكأن القصاص هو الذي أوجب صيانة نفسه. فكذلك متلف الأموال إن لم يغرمها، ويعاقب عليها إذا ظَلَم في أخذها أدّى ذلك إلى الافتيات على الأموال، حتى لا يُبقي القويُّ في يد الضعيف شيئاً. ولهذا قوله عليه السلام: «**كل المسلم على المسلم حرام**»[1] فذكر نفسه وعطف عليها المال والعرض، تنبيهاً منه ﷺ على أنه لو لم يَزجِر عن ذلك ويشرّع فيه ما شرع لَتَلِفَتْ الأنفس والأموال والأعراض. وهكذا عطف المال على الدم، فيما شرعه، من المدعي لذلك، لو قبلت دعواه لاَسْتبيحت الدماء والأموال، فقال: «**لو أعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماءَ قوم وأموالَهم**»[2] فقرن المال بالدم، ونبه على أن الحكمة اقتضت ألا يباح ذلك بالدعاوي.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

أما من أتلف على رجل شيئاً/ وجب عليه عوضه. وبذلك قال تعالى: «**فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم**»[3] وظاهر عموم هذا أن من أتلف شيئاً قضي عليه بمثله، من أي نوع كان هذا المتلَف. فأما إن كان هذا المتلف مكيلاً أو موزوناً فالآية على عمومها فيه عند فقهاء الأمصار. وينضاف إلى ذلك المعدود الذي يتماثل أفراده وآحاده، وتقع المعاوضة على العدد، كالجوز والجِلَّوْز وشبه ذلك، لأنه إذا تساوت آحاده لم يكن الغَرَض في عين كل واحد بل في مبلغ الجملة، ومبلغها يُعرف تارة بالكيل كالقمح والشعير، وتارة بالعدد، كما ذكرنا في الجوز والجلوز وأشباهها.

---

(1) فيض القدير: 11:5.

(2) إكمال الإكمال: كتاب الأقضية: 4:5.

(3) البقرة: 194.

وأما إذا كان المتلَف مما لا يكال ولا يوزن ولا يعدّ، والغرض في عين آحاده، كالحيوان والعروض، حتى/ لا يصح بيعه جزافاً، فهل يقضى على متلفه بمثله أو بقيمته لا بالمثل؟

وذهب **عبد الله بن الحسن العنبري** إلى أنه يقضى في ذلك بالمثل، كما يقضى في المثل بالمكيل والموزون.

وذكر **أبو الوليد الباجي** في منتقاه عن **الشافعي** و**أبي حنيفة** أنه يقضى في ذلك بالمثل، كما حكيناه نحن عن **العنبري**. وذكر أيضاً أنّها روايةٌ عن **مالك**، قال: ولكن الثابت عنه أنه يقضى في ذلك بالقيمة.

هكذا وجدناه في نسخ من **المنتقى**، وأراه وهْماً منه، أو من الرواة الذين ذكروا ذلك عنه.

وسبب هذا الاختلاف اختلاف حديثين وردا في هذا المعنى، أحدهما قوله ﷺ: «**من أعتق شرْكاً له في عبد قوّم عليه نصيب شريكه قيمة عدْل ولا وَكْسَ فيها ولا شَطَطَ**»[1] الحديث فقضى في العبد بالقيمة، وعلى هذا يعتمد **مالك** وأصحابه رضي الله عنهم.

والحديث الآخر ما رواه **حُمَيد** عن **أنس بن مالك** «**أن النبي ﷺ كان في بيت إحدى نسائه فبعثت إليه زوجته الأخرى بقصعة فيها طعام فأخذتها صاحبة البيت فكسرتها، فأخذ ﷺ من بيت هذه الكاسرة قصعة صحيحة فأنفذها لتلك**»[2] فقد قضى هاهنا في العرض بالمثل.

ولكل طائفة من هؤلاء المختلفين كلام وجواب عن الحديث الذي تعلق به الآخرون.

فأما أصحابنا فيقولون: البيتان للنبي ﷺ، وما فيهما من الأواني

---

(1) إكمال الإكمال: 4:152 ـ 155.

(2) الدارمي: السنن: 2:264.

للاستخدام على ملكه ﷺ، فإنها[1] نقَل ملكه من إحدى[٢] بيتيه إلى بيته الأخرى[٢]. وللمالك أن يحوّل ملكه من مكان إلى مكان. وقد قيل أيضاً؛ لعله ﷺ[2] أن زوجتيه يرْضَيَان ما فعل/ من هذا الإبدال. وإذا وقع التراضي بأخذ المثل فيما تجب فيه القيمة بعد المعرفة بالقيمة فلا يختلف في جواز ذلك.

ويجيب **العنبري** عن حديث «من أعتق شركاً له في عبد» بأن القضاء بالمثل هاهنا يتعذر، إذ لا يوجد غالباً[3] نصفه حر أو ثلثه أو ربعه، على حسب ما تقتضيه المشاركة في الملك، وما تعذرت فيه المثلية لم يحتجّ به في مثل هذا الذي توجد فيه المثلية. والقضاء بالقيمة إنما يستند إلى معرفة مثل المتلَف في الخِلقة والصورة، ثم تقوم هذه المثلية فيصير ذلك اجتهاداً مبنياً على اجتهاد. فالقضاء بالمثلية في الخلقة والصورة أبعد من الغلط في الاجتهاد في قيمة تستند إلى اجتهاد في المثلية في الخلقة والصورة.

وإن تعلق **العنبري** بقوله تعالى: ﴿**فجزاء مثل ما قتل من النعم**﴾[4] فقضى في الحيوان بالمثل. أجيب عن هذا بأن الهدايا وتحريم الصيد وإثبات الجزاء في قتل الصيد عباداتٌ لم يطلب بها تبيين القضاء بما يجب في المتلفَات، لكون/ الجزاء مقصوراً على بهيمة الأنعام خاصة، وما يقضى في الجزاء بشيء من الحيوان الوحشي وما في معناه، مع كون الجزاء لا تراعى فيه المثلية على الحقيقة، كقاتل النعامة فإنه لا يؤدي جزاءها نعامة مثلها. إلى غير ذلك مما يذكر في كتاب الحج. ويعلم منه أن ذلك أصل مخالف لما نحن فيه.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال:

الضمان يتعلق بالجاني على ملك غيره بإتلاف الشيء، كطعام يأكله، أو

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فإنما... أَحَدِ... الآخر.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة: عَلِم.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: [عبد] نصفه...

(4) المائدة: 95.

ثوب يحرقه حتى لا يبقى منه شيء؛ أو بإذهاب منافعه التي يُتَملّك لأجلها؛ أو وضع يدٍ عادية عليه.

والإتلاف يكون بعلة مباشرةٍ، كمُحرِق ثوب بنار في يده، فإن الإتلاف علّة التضمين، وقد باشره من أحرق الثوب. أو بما يكون سبباً في وجود العلة، كحافر بئر على جهة العدوان قاصداً لأنْ يقع فيها إنسان فوقع من ذلك ما قصد إليه. ولكنّ هذه الأسباب تقرُب من العلة المباشرة وتبعد بحسب ما يرد في مواضعه، كمن أزال قيْد عبد قيّده سيده مخافة إباقه، فأبق، أو فتح قفَصاً فطار ما فيه من الطير، إلى غير ذلك من المسائل التي يكثر تعدادُها، ويُلتفت فيها، على الجملة، إلى الأسباب التي يُقصد بها الإتلاف، ويقع عنها غالباً، أو ما لا يقصد به الإتلافِ ولا يقع عنه غالباً.

ثم اعلم أن العين التي أُتلِفت لاخفاء بوجوب الضمان فيها على المتلف، وكذلك إذا لم يتلف ذات الشيء، ولكن بطلت جميع منافعه/ أو جلها، حتى يصير الباقي في حكم العدم، فإن هذا يوجب الضمان فيه، كما يوجبه إتلاف جملة العين. ولا يختلف في هذا. لكن لو أتلف من منافع ذات الشيء ما هو المقصود في حق قوم يملكونه دون قصد قوم لو ملكوه فهاهنا اختلف الناس في ذلك:

فذهب **الشافعي** إلى أن الضمان بجميع جملة ذات الشيء لا يجب.

ومذهبنا وجوب ضمان جملة الشيء وقيمته على الكمال. وهذا كمن قطع ذنب بغلة القاضي التي يركبها، أو غيره من ذوي الهيئات (والاقدر[1] الذي) يلحقهم العار من ركوب بغلة قد قُطع ذنبها، فعندنا أن فاعل ذلك يضمن جميع القيمة كلها كما يضمن قيمتها إذا قتلها.

وعند الشافعي لا يضمن جميع قيمتها اعتباراً بما بقي فيها من منافع

(1) هكذا في النسختين، والصواب: الأقدار الذين.

القاضي[1] وغيره من حَرْث بها أو حمل عليها، وما في معنى ذلك من المنافع المقصودة عند الناس عموماته، إلى مراعاة المنافع في عموم الناس لا في أعيان آحادهم. ونحن التفتنا إلى أغراض المالكين بحسب اختلاف أقدارهم، فكأن تلف الغرض المقصود عند جنس من الناس كالتلف الذي تعم/ جميع الناس الضرورة به.

وقد وقع التمثيل في هذا القسم بقطع ذنب بغلة القاضي. وأما لو قطعت أذن بغلة القاضي فإن فيه اختلافاً:

ذهب بعض من تقدم من أصحاب **مالك** إلى أنه لا يضمن من[2] جميع القيمة، بخلاف الذنب. وذهب **ابن القصار** إلى أنه يضمن جميع القيمة، كما يضمنها إذا قطع الذنب.

وقد كثر الاختلاف من[3] هذا الباب، والخلاف فيها هَيّن المدرك لا وجه للإطالة بتعديد المسائل، لأن مدارها على أن ما اختلف فيه منها ينصرف إلى الاختلاف في شهادةٍ بعادةٍ فعلى هذا يصرف الاختلاف الذي وقع في قطع أذن بغلة القاضي، فمن رأى أن ركوب دابة مقطوعة الأذن يَعُرّ القاضي ومن كان في رتبته، ضمّن ذلك فاعلَه قيمةَ جميع البغلة. ومن رأى أن ذلك لا يعرّه، بخلاف الذنب، لم يضمن الجاني إلا ما نقص قطعُ أذنها من قيمتها.

وكذلك ما وقع من الخلاف في قطع يد عبد أو فقء عينه، هل يضمن جميع قيمته، أو إنما يضمن ما نقص؟ مع اتفاقهم على أنه لو فقأ عينيه جميعاً أو قطع يديه جميعاً لغَرم جميع قيمته. وإنما كان ذلك كذلك لأنه اتضح عند الجميع أن قطع اليدين جميعاً/ أو الرجلين أو فقء العينين يصيّر العبد كالتالف وكالمعدوم، وأما قطع يد واحدة فلا يتضح كون العبد كالملحق بالعدم في ذلك

---

(1) هكذا في النسختين، والصواب: للقاضي.
(2) هكذا في النسختين، والصواب: حذفها.
(3) هكذا في النسختين، والصواب: في.

كما يتضح في قطع يديه جميعاً. فلهذا وقع الخلاف في ذلك: ففي **المدونة**، في كتاب الديات، أنه لا يضمن في قطع اليد الواحدة أو فقوء العين الواحدة جميعَ القيمة، وإنما يضمن ما نقص.

وفي **المجموعة لمالك** أنه يضمن جميع القيمة. .

وفرق بعض أصحاب **مالك** تفرقة أشار بها التي[1] نبهنا عليه من سبب الخلاف، فمن كان من العبيد صانعاً، قطعت إحدى يديه حتى أبطل ذلك صنعته التي إنما يكتسب من أجلها، فإنه يضمن جميع القيمة. وكذلك لو فعل في بعض إناث البهائم ما أبطل به دَرَّها فإن الحكم في ذلك يختلف باختلاف أنواع الحيوان: فمن قطع (ابز)[2]رَمَكَةٍ لم يضمن جميع قيمتها، ومن قطع لبن شاة إنما تراه[3] للبن ضمن جميع قيمتها. وهذا يؤكد عندك ما أصلناه من كون الخلاف في ذلك يرجع إلى اختلاف في شهادة بعادة. ولو قطع فرج عبد وصيرّه خَصِيّا فإنه يضمن ما نقص. وإن لم ينقصه ذلك شيئاً اقتصر على عقوبته دون تضمينه.

وقد قيل: إن ذلك لو زاد في قيمته لجعلت الزيادة نقصاً وضمن قيمة المقدار الذي زاد فيه. فإن زاد الخِصاء في قيمته ثلثَها ضمن ثلث القيمة، وعُدّ ذلك كالقبض[4]، وهذا مذهب بعيد. وإنما التفت هذا إلى أن الخصاء محرّم، وأن بيعه بشرط كونه خصِيّاً لا يجوز لكونه يعتق على من/ أخصاه، فيصير ذلك كالعيب فيه.

وإذا ضمنا الجاني جميع القيمة إذا قطع يدي العبد فهل يعتق عليه أو لا؟

هذا أيضاً مما اختلف فيه عندنا على قولين:

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لِلّذي.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لَبَن.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: تُرَاد
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: كالنقص.

فمن أعتقه على الجاني، الذي لزمته غرامة قيمة جميعه، رآه كمن مثل بعبده، لكونه صار ملكاً له بغرامة قيمته، فصار كمن اشترى عبداً بثمن ثم مَثّل به. ومن لم يوجب عتقه رأى أن حكم العتق بالمُثلَة مقصور على من مثّل بعبد نفسه، لكون العتق إنما محله ملك المعتِق لا ملك غيره. وكأن هذه الجانية[1] وقعت فأوجبت القيمة على الجاني، وأوجبت العتق بالمثلة، فهل يقدّر أن حكم القيمة وانتقال الملك إلى الجاني كالسابق، فيجب العتق، أو يرى أن العتق كالسابق لانتقال الملك بالقيمة، وصادف ملكَ الغير، ولا ينعقد فيه العتق، وإذا قطع (يد العبد وجبت)[2] جميع قيمته، فإنه إذا غرم القيمة ملك بها/ جسم العبد المقطوع اليدين، وصارت غرامة قيمته كشرائه بجملته. هكذا عندنا وعند أبي حنيفة.

وذهب الشافعي إلى أنه إذا غرم قيمة جميعه لأجل قطع يده[3] بقي العبد على ملك سيده، على حسب ما كان قبل أن تقطع يداه كالحر إذا قطعت يداه، وأخذ ديته كلّها عوضاً عن يديه، فإنه يبقى حرّاً، على حسب ما كان قبل ذلك عليه، فكذلك قيمة العبد تحل محل دية الحر، وأطرافه كأطراف الحر. فإذا وجب[4] إتلافُ أطرافه قيمةَ جميعه بقيت الجثة على حسب ما كانت عليه من الرق، و[5] كما بقيت جثة الحر على ما كانت عليه من الحرية. وغُلّب في أطراف العبد حكم الآدمية والدينية لا حكم الملكية، فلهذا ألحق أطراف العبد بأطراف الحر. وسلم لهم أبو حنيفة أنه إذا قطع يداً واحدة للعبد فإنه يغرم نصف قيمته، كما تقدم في قطع اليدين جميعاً بجميع قيمته. ثم مع هذا لا يملك الجاني بغرامة جميع القيمة، إذا قطع اليدين، شيئاً من العبد، لكون ذلك يُشعر

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الجناية.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يَدَيْ العبد، وَوَجَبت.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يدَيْه.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أَوْجب.
(5) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حَذْف الواو.

أن الغرامة عوض الأطراف المقطوعة لا عوض النفس. فإذا[1] لم تكن عوض النفس، على حسب ما كانت عليه من الملك.

وأما نحن فقد ذكرنا اختلاف أصحابنا في قطع اليد الواحدة، وهل يوجب ضمان جميع القيمة، و[2] إنما يوجب ما نقص من غير تحديد لقيمة النقص هل نصف القيمة أو أكثر أو أقل؟ فلا مناقضة علينا في هذا مثل ما نوقض به **أبو حنيفة**، وكأن **أبا حنيفة** يعذر عن هذا بأن القيمة إذا لم تكمل على الجاني كان الأرش عوض الطرف المقطوع، وإذا كملت على الجاني كانت عوض النفس، فينتقل ملك النفس إلى الجاني. ونحن لا نحُدُّ في التفرقة/ بين كثير الجناية وقليلها حَدًّا، وذلك مصروف عندنا إلى الاجتهاد كما قدمنا. **وأبو حنيفة** يحدّ في ذلك حدّاً، ويرى أن النقص إذا بلغ أكثر من نصف قيمة المجني عليه كان ذلك كثيراً يوجب التضمين بجميع القيمة، وإذا كان مقدارَ النصف نصفَ القيمة فأقلَّ لم يوجب ذلك تضمين جميع القيمة. وهكذا فعل في البهائم إذا فقأ عين الدابة لزمه ربع القيمة استحساناً. قال: لما حكي عن بعض الصحابة، والقياس نفي التحديد في ذلك.

وإذا كانت البهيمة مما يؤكل فإنه لا يحدّ في عينها حدّاً، إلا أن يكون بعيراً فيكون في عينه ربع القيمة.

وإذا كانت الجناية/ في حكم الكثير على ما قدمناه من التشبيه على إسناد ذلك إلى الاجتهاد في العوائد، فإن **مالكاً** اختلف قوله، وظاهر الأمر هل لمالك المجنيّ عليه أن يغرم الجاني إذا لم يكن غاصباً للعين وذات الشيء جميعَ قيمته، أو لا يكون له إلا قيمة ما نقص قليلاً أو كثيراً؟ ففي **المدونة** من رواية **ابن القاسم** ما ظاهره أن **مالكاً** رضي الله عنه اختلف قوله في هذا. وهكذا ذكر بعض أصحابنا أن أصحاب **مالك** على قولين في هذا. وهكذا لما ذكر **ابن القصار**

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فَلِذَا.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أو.

المسألة وأن لمالك المجنيّ عليه تغريمَ جميع القيمة في الإفساد الكثير قال: هذا المشهور عن **مالك**. إشارةً إلى الخلاف الذي قدمناه. وإن كانت الجناية يسيرة في ثوب خرّق منه شيئاً يسيراً فإن في **المدونة**: أنه يرفوه الجاني ويغرم ما نقص بعد الرفوِ فإن الرفوَ لا يُزيل العيب كله زوالاً كلياً.

واختلفت طريقة الأشياخ في تعليل هذا: فمنهم من رأى أن ذلك جنوح إلى القضاء بالامثال فيما تلف من العروض إذا كانت يسيرة؛ ومنهم من رأى أن العلة في ذلك كون الجاني أحوج صاحبَ الثوب إلى رفوِه إذ لا يلبسه ممزّقاً، فكأنه أدخله في مشَقّة، فعليه أن يحمل ذلك. كما قيل في أحد القولين، في المجروح: إن على جاره[1] مداواته، ثم يغرَم بعد ذلك ما نقص، إن برى المجروح على شيْن.

وما هذا إلا لكون الجارح أدخل المجروح في الحاجة إلى المداواة. ومن المتأخرين من مال إلى أنه لا يبعد أن يقال بأنه يجب عليه قيمة العيب.

وكذلك تنازع المتأخرون، إذا كان كثيراً، هل يلزم الجانيَ رفوُه ثم يغرم ما نقصه العيبُ بعد الرفو، قياساً على ما قال **مالك** في الخرق إذا كان يسيراً. ويكون الخرق الكثير إنما تجب فيه قيمة العيب من غير رفوٍ، وتدخل إجارة الرفو في التقويم للعيب. ورأى هؤلاء أن ظاهر **المدونة** التفرقة بين الخرق اليسير والكثير، لأجل أنه إنما ذكر الرفو في الخرق إذا كان يسيراً. ومقتضى تعليل من علل إيجاب الرفو/ اليسير لكونه أحوج صاحبَ الثوب إلى مشقة الرفو المساواةُ بين الخرق اليسير والكثير.

ومن علل ما ذكره في **المدونة** في اليسير بأنه استخف القضاء في العروض بالأمثال إذا كانت مخترقة يسيرة[2] لم يُلزِمْه ذلك في خرق الثوب إذا كان كثيراً.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: جارِحِه.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يَسِيراً.

وإذا كان الفساد بالتعدي إفساداً/ كثيراً يوجب تضمين القيمة، إن اختار رب الشيء الذي أفسد عليه (فيه الغرض بعد عن ذلك)[1] إلى أن يأخذ قيمة الجناية خاصة، ويأخذ الباقي من سلعته التي أفسدت فإن في ذلك قولين:

أحدهما أنه لا يمكّن من ذلك، وليس له أن يجمع ما بين شيئين أخذِ السالم من سلعته، وأخذ قيمة ما فقد منها، وإنما له أخذ منفردٌ، إما أخذ عين سلعته خاصة، وإما تضمين قيمة جميعها. فكأنه[2] اختار ترك المؤاخذة بالتعدي والجناية، فإن له ذلك لأنه حق له، إذا شاء طلَبَه، وإن شاء العدول عن ذلك إلى أن يأخذ السالم من سلعته بانفراده لكون ذهاب الغرض منها كإذهاب عينها، وإذهاب عينها الواجبُ فيه جميعُ القيمة لا غير، إذ لا يقدر على أكثر من ذلك، فلا يجبر هاهنا.

وهذا المذهب هو الذي اختاره **أشهب** من كبار أصحاب **مالك**، واختاره بعده اتباع أصحاب **مالك**: **ابن المواز وسحنون**، وقالوا في[3]: إنه كذابح الشاة، وكاسر العصا، فإن الواجب لرب الشاة ورب العصا أَحَدُ أمرين: إما أخذ الشاة مذبوحةً، والعصا مكسورةً، وإما المطالبة بجميع قيمة الشاة وجميع قيمة العصا. وأشاروا في ذلك إلى أنه قول **مالك** وأصحابه.

وهذا الذي مثلوا به وقاسوا عليه، إن عَرِيَ من الخلاف، فإنما ذلك لأنهم يرون أن الشاة الحية إذا ذبحت فإنها صارت جنساً آخر من الأملاك، وليس له أن يأخذ جنساً من جنس آخر أفسد عليه.

هذا، والباب كله يجري مجرى واحداً، وإنما اعتذرنا عن احتجاجهم بذبح الشاة على خرق الثوب المفسد له.

وقيل: لصاحب السلعة التي أتلف كثير منها أن يأخذها ويغرم الجاني ما

---

(1) هكذا في النسختين.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فَإن.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فيه.

نقص. وهو المشهور من مذهب **ابن القاسم**. وعنه رواية أخرى أنه ليس له ذلك.

وإذا تقرر أحكام التعدي فإن التضمين يكون عن ثلاثة أسباب:

أحدها: العقود كالعقد على سلعة بيعاً صحيحاً و[1] فاسد[1]، وعقد[1] رهن إلى غير ذلك مما هو في معنى هذا.

والثاني: الإتلاف. فإنه يوجب التضمين لجميع القيمة أو لبعضها، على ما تقدم بيانه.

والثالث: ضمان المتعلق باليد العادِيَة، يد الاستيلاء على الشيء، والحيلولة بينه وبين مالكه، فإن ذلك يوجب التضمين على الجملة.

ولو هلك ما أخذه/ الغاصب بفوْر غصبه هلاكاً لا سبب له فيه، لم يُسقِط ذلك الضمانَ عنه، ولا مطالبة[2] بالقيمة./ وسواء في ذلك غصب ما يُنقل ويزال به، كالثياب والحيوان والطعام، أو غصب ما[3] ينتقل ولا تتصور إزالته من مكانه، كالأرض والديار وسائر أنواع العقار. وبهذا قال **مالك** و**الشافعي**.

وخالف في ذلك **أبو حنيفة** ورأى أن غصب الديار وما لا يزال به[4] يوجب الضمان، إلا أن يفعل فيه الغاصب إتلافاً فيطلب بضمان ما أتلف. وكأنه يشير إلى أن حكم الغصب لا يتصور في العقار، وإنما يتصور فيه أحد أسباب الضمان الثلاثة التي ذكرناها، وهي الإتلاف. وكذلك يتصور فيه الضمان من ناحية العقود، وإن كان ذلك بمعنى آخر. وكأنه يرى أن أصول الشريعة ما استثنى في ذلك من تضمين العاقلة ما جناه غيرها، لمصلحة اقتضت ذلك،

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أو فاسداً، أوْ. . . .

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: مطالبته.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ما [لا] ينتقل.

(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: به [لا] يوجب. . .

والغاصب لأرض أو دار لم يفعل فيها شيئاً، لا من نقل ولا من غيره، وإنما فعل في مالك العقار بأن منعه من التصرف في ملكه، وحال بينه وبين ملكه، وأما ذات الأرض المغصوبة فلم يفعل فيها شيئاً. فلأجل هذا نفى الضمان في العقار، (وتابعه في ذلك **أبو يوسف**. وخالفه **محمد بن الحسن** فقال بقوله)[1].

ولنا عليه أن القبض يختلف باختلاف أجناس الأموال، فليس قبض الثياب كقبض العبيد، ولا قبض العبيد كقبض البهائم، ولا كقبض الطعام؛ وكذلك العقار إنما جرى العرف في قبضه بالتمكّن منه، والاستيلاء عليه، وإزالة يد من كان في يديه. وهكذا قبضه في البياعات، فكذلك يجب أن يكون في الغصوبات.. وقد تقدم (من ذنبه)[2] أن القبض في الرهن شرط في صحته فيجب أن يمنع من رهن الديار لعدم تصور القبض فيها على ما أشار إليه. وهكذا لو كانت عند رجل وديعة فمنع صاحبها منها، وحال بينه وبينها، فإنه يكون كالغاصب على أنه لم ينقل الوديعة من يد ربها حِين اعتقاده الغصبَ إلى يده، وإنما تصور الغصب بالاستيلاء عليها ومنع صاحبها. إلى غير ذلك مما تكثر الشواهد فيه.

ومما يلحق بهذا مما وقع في مذهبنا في غاصب أمّ ولدِ رجلٍ في يديه فإن **ابن القاسم** ضمنه قيمتها على أنها أمة مملوكة وكذلك ولد أم ولده من غيره، فإنه إذا مات في يديه ضَمِنه عند **ابن القاسم**، ووافقه **سحنون** في التضمين لولد أم الولد، وخالفه في تضمين أم الولد نفسها، فرأى أنه لا ضمان عليه فيها لأجل أن ولد أم الولد فيه الاستخدام يؤاجر فصار فيه ضرب من تموّل، فلهذا ضمِن الغاصب قيمته عندهما. وأما أم الولد نفسها فلا تؤاجر، وإذا كانت لا تؤاجر لم يبق فيها/ ما يتمول ولا يباع ولا يملك. وكأن **ابن القاسم** يرى أنها لو قتلت

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وتابعه في ذلك أبو يوسف فقال بقوله، وخالفه محمد بن الحسن.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: مَذْهبه.

لأخذ سيّدها أرشها، فقد ثبت أن فيها ما يتموّل ولكن ليس في الحال، ولكنه يتوقع في المآل، وتعليق الأحكام بما لا يحصل في الحال وإنما يتوقع في المآل نادر فيه اختلاف.

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب رحمه الله تعالى ورضي عنه:

وهو مضمون بقيمته يوم الغصب على أيّ وجه تلف، لا يُبْرئُه إلا ردّه.

ثم لا يخلو رده من ثلاثة أحوال: إما أن يرده ناقصاً في بدنه، أو زائداً فيه، أو على الحال التي غصبه عليها.

فإن رده زائداً في بدنه لَزِمَ مالكَه أخذُه، وبرئ الغاصب. وذلك كالصغير يكبر، والعليل يصحّ، والمهزول يسمن، وما أشبه ذلك.

وإن ردّه ناقصاً في بدنه فالمالك مخيّر بين أن يسلّمه[1] ويضمّنه القيمة يوم الغصب، وبين أن يأخذه ثم ينظر في ذلك النقص، فإنْ كان من قبل الله تعالى لا بفعل من الغاصب لم يكن للمالك اتباع الغاصب بشيء من قبله، وإن كان بفعل من الغاصب فقيل: له اتباعه بالأرش، وقيل: ليس له إلا أخذه بغير أرش، أو إسلامه والرجوع بقيمته يوم الغصب.

وإن ردّه بحاله (أخذه ولزمه أخذه)[2].

ولا ضمان على الغاصب[3] في زيادة إن طرأت عنده، ثم تلفت في بدَن أو قيمة، ولا له في رده زيادة (قيمة معلم)[4] صنعة أو حوالة سوق.

ولا أجرة على الغاصب في المدة التي تحبس فيها العين المغصوبة من غير

---

(1) هكذا في جميع النسخ، والصواب: أن [لا] يَتَسلمه.
(2) في الغاني: لزِمه أخْذه. وفي المغربية: أخَذَه.
(3) في المغربية: غاصب.
(4) في الغاني: قيمته بتعلّم. وفي المغربية: قيمة بتعليم.

انتفاع[1] ولا اغتلال. فأما إن انتفع أو اغتلّ ففيه خلاف: قيل: عليه بدل ذلك، وقيل: لا بدل عليه، وقيل: ذلك عليه فيما عدى الحيوان.

وإذا غصب ساحة[2] وبنى عليها لزمه ردها وإن تلف بناؤهُ.

وإن أدرك المالك الأرض وفيها زرع للغاصب فله قلعةُ، إلا أن يكون وقت الزرع قد فات، فله الأجرة، وقيل: له قلعه.

قال الفقيه الإمام رحمه الله تعالى ورضي عنه:

يتعلق بهذا الفصل تسعة عشر سؤالاً، منها أن يقال:

1 ـ ما الفرق بين التعدي والغصب؟

2 ـ وما/ الحكم في تغير ما في يد الغاصب، في بدن أو سوق؟

3 ـ وما الحكم فيما يُحدثه الغاصب مما ليس بتغيّر في بدن العبد المغصوب، ولا في سرقة[3] من عتق؟

4 ـ وما الحكم فيما يحدثه من بيع؟

5 ـ وما الحكم فيما يحدثه من هبة؟[4]

6 ـ وما الحكم فيما أفسده الغاصب ثم أصلحه لهيئته؟

7 ـ وما الحكم فيما بناه الغاصب على حجر أو خشبة غصبها؟

8 ـ وما حكم المغصوبات إذا غيرها الغاصب؟

9 ـ وما الحكم فيما يغصبه الغاصب من أشجار لينقلها إلى/ أرض فيغرسها؟

---

(1) في الغاني: انتفاع بها.

(2) في المغربية: ساجَة. (وهو الأقرب).

(3) هكذا ولعل الصواب: في سوقه.

(4) سقط نص السؤال الخامس، والمذكور هنا خامساً هو السادس، ويمكن أن يستروح الخامس من الإجابة عنه: ما الحكم إذا استهلك الغاصب طعاماً مكيلاً أو موزوناً وتغير سوقه؟

10 ـ وما الحكم فيما يحدثه الغاصب من خلط ما غصبه بغيره؟

11 ـ وما الحكم فيما تغير في يديه مما لا يحلّ تموُّله؟

12 ـ وما الحكم في الغاصب إذا غرم القيمة ثم ظهرت العين المغصوبة: هل يرجع على ربّها أم لا؟

13 ـ وما الحكم في الزوائد الحادثة في العين المغصوبة وهي بيد الغاصب؟

14 ـ وما الحكم في الإتلاف من غير مباشرة الإتلاف؟[1]

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال:

قد جرى على ألسنة الفقهاء العبارة عن تناول المال بغير حق على جهة الاستيلاء والقهر، لفظُ التعدي ولفظ الغصب.

وقد اختلف طرُق الأئمة في تمييز ما بين هاتين العبارتين، وأحسن ما قيل فيها أن من قصد إلى التعدي على منفعة الشيء كعبد يستخدمه، وثوب يلبسه، ولم يقصد إلى الاستيلاء على رقبة العبد والثوب، ولا الحيلولة بينها وبين صاحبها في التصرف في ملكه، على حسب ما يتصرف فيه المالك في الرقاب، فإن هذا يسمّى متعدياً.

وكذلك إذا أتلف بعض أجزاء الصيد[2]، قاصداً لذلك البعض معرضاً عن الاستيلاء على ما سواه من أجزاء الشيء، كرجل قطع يدَ عبدِه رجلٌ، أو قطع من ثوبه بعضَه، على أن ينتفع بذلك، وتبقى بقية الأجزاء في يد صاحبها على حسب ما كانت قبل تعدّيه.

وقيل من كان لا يستحق الربح الذي لثمرة تصرفه في المال تعدياً، فإنه هو الغاصب. والذي لا يستبد بالربح، كالمكتري والمستعير والمبضع والمقارض،

---

(1) جملة الأسئلة المذكورة أربعة عشر سؤالاً.

(2) هكذا في النسختين. ولعل الصواب الشيء.

يتعديان ما أذن لهما فيه من التَّجْر بالمال فإن هؤلاء لا يسمَّوْن غُصّاباً وإنما هم متعدون. إلى هذا أشار **سحنون**. .

وقيل: من كان إذا أقام بينة على تلف ما في يديه من مال غيره سقط عنه الضمان، وكذلك إذا تلف ما في يديه بأمر لا سبب له فيه، كالمقارض والمبضع والمكتري والمستعير، والمودع والصانع، فإن هؤلاء[1] يضمنو سلفاً[2] لم يكن من سهم[3].

/ والغاصب للرقبة يضمن ما تلف في يديه، كان ذلك التلف بسببه أو بغير سببه.

وأيضاً فإن من لا يضمن جملة ذات الشيء بعيب يسير أحدثه فيه فهو متعدٍّ وليس بغاصب.

ومن كان يضمن جملة قيمة الشيء بعيب يسير أحدثه فيه فإنه غاصب. إلى هذا أشار **ابن المواز**.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

التغيّر في الذات المغصوبة يقع على وجهين:

أحدهما: تغير في ذاتها. والثاني: تغير في سوقها. وإذا لم تتغير في بدن ولا سوق فلا خلاف في أن ليس للمغصوب منه السلعة أن يضمّن الغاصب قيمتها إذا ردها إليه ولم تتغير في سوق/ ولا بدن، ولا طال مُقامها عند الغاصب، كما لا خلاف في أنها لو هلكت بفور غصبه لها فإنه يضمن قيمتها، كان هلاكها بسببه أو بغير سببه من أفعال الله سبحانه التي لا اكتساب للعباد فيها.

وأما إن حاول ردها بعد أن أحدث فيها عيباً، وامتنع المغصوب منه

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: [لا] يضمنون. . .
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: تلفاً.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: سَبَبِهم.

السلعة أن يقبلها فإنه إن كان العيب كثيراً فلا خلاف في أن المغصوب منه هذه السلعة لا يلزنه قبولها، وله أن يضمّن الغاصب قيمتها إذا شاء، وله أن يأخذها بعينها ويقبلها منه، على اختلاف تقدم ذكره: إذا أخذها بعينها: هل يسقط حقه في قيمة هذا العيب الحادث فيها لكونه قادراً على تضمين الغاصب جميع قيمتها، فلا يمكّن من العدول عن ذلك، إلا أن يأخذ عينها على ما هي عليه من نقص وعيب، ولا يكون له أن يجمع بين أخذ عين السلعة المغصوبة وأخذ دنانير أو دراهم في قيمة ما نقص، لأنه لما حكم له في أخذ جملة القيمة صار عدوله عنها رضىً بأخذ العين على ما هي عليه من نقص. وهذا اختيار **ابن المواز** و**سحنون**، وهو مذهب **أشهب** وأحد قولي **ابن القاسم**. وقيل: بل له أخذ عينها وقيمة ما نقص، كما كان بحكم قيمة جميعها إذا هلك جميعها، فكذلك يحكم له بقيمة الذاهب منها خاصة حتى كأنه كلُّها، ويأخذ عين ما بقي منها.

وأما إن كان العيب يسيراً فالمذهب المعروف المشهور أن لصاحبها أن يغرّم الغاصب قيمة جميع جملتها، كما لَه ذلك في العيب الكثير إذا أحدث بها، على حسب ما قدمناه من وفاق أو خلاف في حدوث العيب الكثير. .

وفي **التفريع/ لابن الجلاب** أنه لا يضمن قيمة جميع جملتها لحدوث عيب يسير، قياساً على ما اتفق عليه من أن المتعدي لا يضمن جملة الشيء بتعديه على إحداث عيب يسير فيه، ولم يَرَ فرقاً في هذا بين حكم المتعدي والغاصب. وفرقت الجماعة بينهما لأجل أن الغاصب بنفس الغصب والاستيلاء على الرقبة ضمن قيمة جملتها إذا هلكت، فإذا طرأ على أصلِ ضمانٍ قد ثبت بجملتها وجبت قيمة جملتها في العيب اليسير والكثير. وأما المتعدي فلم يجب عليه ضمان جملتها بإحداث عيب يسير تعدى في إحداثه، فلما لم يكن هذا العيب الذي أحدثه المشتري مستنداً إلى أصلِ ضمان ضَعُف حكمه حتى فرق فيه بين القليل والكثير.

وهذا الفرق مما ينظر فيه بأن الضمان إنما ثبت في الغصب إذا وقع التلف،

والتلف مترقب، فإذا وُجد ما تُرقب منه كشف الغيب أنه كان ضامناً في الأصل. فالضمان في الغاصب لا يتقرر/ بمجرد الغصب حتى يمنع من رد العين أو يتغيّر في يديه، وبعض أشياخي كان يخرج ما يذكره **ابن الجلاب** من الخلاف في **الموازية** في قوله في غاصب دار انهدم بعضها في يديه فإنه لا يضمن جملة قيمتها وإنما يضمن الغاصب مقدار ما انهدم منها، ويأخذ[1] على ما هو عليه؛ وإن انهدم جلها ضمن قيمة العرض[2] كلها. فقد فرق هاهنا في كتاب **ابن المواز** بين حدوث العيب اليسير والكثير في حق الغاصب كما فرق جميع أهل المذهب بين العيب اليسير والكثير في حق المتعدي.

وهذا التخريج عندي فيه نظر، لأنه يمكن أن تكون الدار كأنها كسلع متفرقة، فإذا تهدّم بيت وسلم سائر البيوت صار ذلك كمن غصب ثياباً فلحق أحدَها عيبٌ وسلم بقيتها، فإنه لا يضمن السالمَ منها. وإذا أمكن أن تُحمل هذه الرواية على ما تأوّلناه لم يثبت أن في المذهب خلافاً سوى ما ذكره **ابن الجلاب**.

هذا، فأما إذا لم تتغير في بدنها، وإنما تغيرت في سوقها بنقص، مثل أن يغصب سلعةً، وقيمتُها مائة دينار، فتصير قيمتها بعد غصبه لها خمسين ديناراً، فإنه إذا ردّها لصاحبها لم تكن عليه مطالبة بجملة قيمتها، ولا بمقدار ما نقص سوقها. هذا المعروف من المذهب المشهور فيه.

لكن ذكر **ابن شعبان** في كتابه عن **عبد الملك** و**ابن وهب** و**أشهب** أنهم يرون الغاصب إذا طُلِب بقيمة ما غصب قُضِي عليه بأعلى قيمة/ مرت بالسلعة المغصوبة، لأنه يقدَّر كل يوم كمبتدى غصب، فيومَ صارت قيمتها في يديه مائةَ دينار، وقد كانت يومَ الغصب قيمتُها خمسين ديناراً، فكأنه يومئذٍ ابتدأ غصبَها فإذا ألزمناه القيمة يوم الغصب لِمَا قررناه من كونه بكل يوم كمبتدئ غصب

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ويأخذ [الباقي] على. . . .
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الدار.

السلعة، يلزمه أغلى ما مرّ بها من القيمة، سواء هلكت، أو بقيت عينها ولكن نزل سوقها، فكأنه وجب أن يضمن مانع مالك السلعة منه.

وهكذا في كتاب **ابن حبيب** فيمن غصب داراً فأغلقها، أو أرضاً فَبَوَّرها ولم ينتفع بشيء من ذلك، فإنه تلزمه إجارة ما منع صاحبَ الدار والأرض منه. فكذلك يجب أن يضمن الغائب[1] السوق الذي منع مالك السلعة المغصوبة.

وقد أشار في **المدونة** إلى هذه الطريقة فقال في مكتري دابة أو مستعيرها أمداً معلوماً، ثم حَبَسها بعد ذلك، فإنْ حَبَسها زمناً يسيراً كاليوم ونحوه فإنه لا يضمن قيمتها، وإن حبسها زمناً طويلاً كالشهر ونحوه ضمن قيمتها لأنه حبسها عن أسواقها، وعن/ منفعة ربّها به. ولكنه قال في **المدونة**: إن هذين بخلاف الغاصب والسارق فإنهما لا يضمنان بحبس السلعة المغصوبة عن ربّها.

وأشار **ابن القاسم** إلى أن لا فرق بينهما، وقال: لولا ما قاله **مالك** لرأيت الغاصب والسارق مثل المستعير والمتكاري. فأشار إلى التضمين بالمنع.

وفي **الثمانية لأبي زيد** فيمن غصب دابة من **المدينة** فسار بها إلى **مكة**، ثم أعادها إلى ربها، وهي أحسن حالاً مما أخذها، فلربها تضمين قيمتها له، ولولا[2] حبسها مدة هذه المسافة ولم يسافرْ بها لم يضمن قيمة جميعها. وكأنه رأى هاهنا أن الحَبْس يضمن به إذا قارنه تعدٍّ على المنفعة.

وذكر **ابن حارث** في كتابه أن **ابن عبدوس** روى عن **ابن وهب** عن **مالك** أن الغاصب يضمن بحوالة السوق بنقص.

وأما ما يحدث بالسلعة المغصوبة وهي في يد الغاصب فإنه لا يخلو أن يكون حدث بها ما أتلف جميع جملتها وأذهبها بالكلية، ولم[3] يتلف جميعها،

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الغاصب.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لو.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أو.

ولكنه قد أهلك بعضها. ثم لا يخلو ذلك من أن يكون من فعل الغاصب أو من فعل جانٍ جنى عليها غيرِ الغاصب، ومن[1] الأفعال التي لا اكتساب فيها للعباد ولا جناية تضاف إليهم فيها.

فأما إذا كانت من فعل/ الغاصب فقد ذكرنا، أنه على قسمين: إما أن يفعل ما أتلَف به جملة السلعة المغصوبة، أوْ إنما أتلف بعضها:

فإن فعل ما أتلف جملتها، مثل أن يغصب عبداً فيقتله، فإن مالك[2] السلعة التي غصبت منه أن يطالب بقيمتها يوم وضع يدَهُ عليها، وحال بينه وبينها من غير خلاف. وإن أراد التنقّل عن تضمين القيمة يوم الغصب فإن له ذلك إذا انتقل إلى قيمتها في يوم هي فيه أعلى قيمة من يوم الغصب، على ما ذكرنا عن **ابن شعبان** حكاه عن **أشهب** وغيره. وليس ذلك في المشهور من المذهب إلى أن يريد التنقل إلى تغريم قيمتها يوم جنى عليها الغاصب جناية تلفها، فإن في هذا اختلافاً، مثل أن يغصب عبداً، فيبقى في يديه مدة، ثم يقتله فيريد أن يأخذ قيمته يوم القتل ويعوض قيمته يوم الغصب، فإنه يمنع من ذلك في المشهور من مذهب **ابن القاسم**. وإليه ذهب **أشهب**.

واختلف قول **سحنون** في ذلك فقال: القتل فعل حادث، فله أن يطالب بالقيمة يوم هذا الفعل الحادث، وإن كان ضامناً من يوم الغصب، كما أن المشتريَ لسلعة قد ضمنها بالثمن، ثم لو جُنِيَ عليها جناية أهلكها عمداً، ثم أتى المستحق لها الذي غصبت منه، فإن له أن يضمّن المشتريَ قيمتَها يوم الجناية، وإن كان قد تقدم له ضمانها بالثمن.

وهذا الذي قاس عليه/ **سحنون** غير مسلم، لأن للآخَرِين أن يقولوا بأن ضمان الثمن إنما هو حكم فيما بينه وبين الغاصب الذي قبضه منه، فإنه إذا مات

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أو.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لِمَالِكِ.

العبد في يديه لم يرجع على الغاصب البائع منه السلعة بالثمن الذي دفَع إليه. وأما مالك السلعة المغصوبة فلا علاقة بينه وبين المشتري في هذا الثمن الذي قبضه الغاصب.

وأما الضمان المتعلق بالغصب فإنه حكم بين الغاصب وبين مالك السلعة، وهما ضمانان: أحدهما بالغصب لهذا العيد، والآخر بالقتل. فله أن يُرجّح حكم الضمان بالغصب ويطلبه بحكم الضمان بالتعدي عن العبد الذي قتله. وقد رجع **سحنون** إلى أن ضمان العبد المقتول إنما يعتبر فيه قيمته يوم الغصب، كما قال **ابن القاسم** و**أشهب**. وقد ذكر **ابن حارث** عن **عبد الرحمن** بأن **أبا جعفر الدمياطي** أنه حكى عن **ابن القاسم** أن لصاحب العبد أن يضمّن الغاصب الذي قتله قيمةَ يوم القتل كما ذكره[1] **ابن عبدوس** عن **سحنون** أنه/ اختلف قوله في ذلك، وقال في أحد قوليه: إن لرب العبد أن يضمن الغاصب قيمته يوم القتل، وهو مخير بين طلب الحكم بالغصب أو التعدي والجناية. وكان **أشهب** و**ابن القاسم** في المشهور عنه (معنى من ذلك)[2] ورأيَا أنّ القيمة إنما تعتبر يوم الغصب، وكأن الغاصب ملك العبد فيما وجب عليه من القيمة المستقرة في الذمة، ولا يبرأ منها إلا برد العبد بعينه، وقد فات رده واستحال بموته، فصار القتل كأنه إنما وقع وهو في ملك الغاصب، والغاصب إنما أتلف ملكَه، فلا يطالب بقيمته يوم أتلف.

وأما إن كان الغاصب لم يتلف جملة ما غصبه وإنما أتلف بعض أجزائه، فإن كان الجزء الذي أتلف من العبد المغصوب يسيراً كإتلاف بعض أنملة من أصابعه، وشبه ذلك، فإنه يضمن بذلك قيمة الجملة، في المشهور من المذهب، إذا اختار ذلك ربّ العبد. وقد ذكرنا في كتاب **ابن الجلاب** من كونه لا يضمن قيمة جميع الجملة بالعيب اليسير وأما إن أُحدِث فيه عيب له مِقدار

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ذكر.

(2) هكذا في النسختين.

وبان، فإنه يلزمه ضمان جملته، من غير خلاف عندنا، إذا شاء مالك العبد. وأما إن اختار مالك العبد أخذ العبد المجني عليه فإنه يمكن من ذلك بغير خلاف، وهل له إذا مُكِّن من ذلك أن يطلب الغاصب الجاني بقيمة ما أتلف من الأجزاء؟ هذا فيه قولان: أحدهما أنه يمنع من ذلك، وإليه ذهب **أشهب**، واختاره **ابن المواز** و**سحنون**، وأشار إليه **ابن القاسم**، لكن المشهور عن **ابن القاسم** أن له أن يأخذ مع عين العبد/ المجني عليه قيمة الجزء التالف، كغاصب عشرة أثواب أتلف واحداً منها، فإن لربّه أخذ السلعة الباقية والمطالبة بالثوب العاشر الذي أتلفه الغاصب. وإذا اختار الغاصب[1] أخذ عين العبد المجني عليه، والمطالبة بقيمة ما أتلفه الغاصب منه، فمتى تعتبر هذه القيمة: هل يوم الجناية أو يوم الغصب؟ نص **سحنون** على أنها تعتبر قيمتها يوم الغصب، (وعد إليه إذا قطعها)[2] كثوب من عشرة غصبها الغاصب فأتلف ثوباً منها، كما قدمناه:

والظاهر من مذهب **ابن القاسم** إنما يغرم قيمة اليد التي قطعها الغاصب يوم الجناية عليها.

وقد عارض مذهبه بعض الأشياخ فقال: ما الفرق بين إتلاف الغاصب جميع العبد بقتله إياه وإتلاف الغاصب بعض أجزائه بقطع يده؟

واعترض بعضهم/ عن هذه المعارضة بأن قال: إذا قتل جملة لم يكن عوض سوى القيمة، فلا يمكن من القيمة إلا بأن يغرّم يوم الغصب، لأن ذلك كدين ثابت في ذمته، فما حدث بعد ثبوته فهو على ملك الغاصب، كما قدمناه، وأما إذا بقيت العين، وإنما ذهب بعضها، فإن رب العبد يشحّ عليه وله عرض[3] في طلب عينه، فلا يباع عليه السالم من العبد، مع تصور الأغراض فيه، بغير اختياره.

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: المالك.

(2) هكذا في النسختين.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: غَرَض.

وقد ألزم **سحنون** على قوله: إن قيمة اليد إنما تعتبر يوم الغصب لا يوم قطعها. ألاّ يفرق بين قطع اليد بجناية الغاصب أو بأمر لا صنع للخلق فيه. فإذا تعلق الضمان بفقدها باعتبار يوم الغصب، فلا فرق أن يكون فقدها من فعل الله سبحانه أو من فعل العباد، الغاصب أو غيره، كما أن إتلاف جملة العبد، لسيّده المطالبةُ بقيمته كلها، سواء كان هلاك العبد من قبل الله سبحانه أو من قبل أحدٍ من خلقه.

ولو جنى العبد المغصوب وهو في يد الغاصب، جناية استحق بها المجني عليه أن يأخذ أرش الجناية أو يسلم العبدَ سيّدُه إليه، فإن السيد المغصوب، له تضمينُ الغاصب قيمة عبده لِمَا حَدَث فيه عند الغاصب من هذا العيب، كون الغاصب صار العبد عنده على حالة لا يمكن سيدَه التمكنُ منه إلا بغرامة يغرمها عنه، وقد قدمنا أن الغاصب يضمن بحدوث عيب يسير عنده، وإن كان بأمر من الله سبحانه لا صنع للخلق فيه، فكيف بهذا العبد، وهو الحيلولة بينه وبين عبده إلا بغرامة يغرمها عنه. فإذا اختار سيد العبد تضمين الغاصب قيمة هذا العبد لأجل العيب الذي حدث فيه سقط حقه في عين العبد، وكانت المحاكمة في الجناية التي جناها العبد/ بين الغاصب الذي ملكه بالقيمة، وبين المجني عليه، فإن شاء الغاصب فداه بأرش الجناية، وإن شاء أسلمه في جنايته، ويحلّ في هذا التخيير محل سيد العبد، والحكم فيه هكذا بين سيده وبين المجني عليه، فكذلك يكون الحكم بين الغاصب الذي ملكه بالقيمة وبين المجني عليه.

هذا مذهب **ابن القاسم**. وكأن **ابن القاسم** اعتبر مبدأ الحال، وحكمَ العيب الحادث، فَلَهُ أن يضمن الغاصب القيمةَ، وله أن يأخذ العبدَ، فإذا أخذه فهو الذي يغرم أرش الجناية، لكون العيب الذي حدث بهذا العبد أمراً لا صنع فيه للغاصب.

وقد ذكرنا أن المذهب/ أن العيب إذا كان بأمر من الله تعالى لا صنع للخلق فيه، فإنه ليس لمالك العبد المغصوب، إذا اختار أخذ عين العبد، أن

يُغرّم الغاصب قيمة العيب الحادث عنده. وذهب **أشهب** إلى أن لسيد العبد أن يطالب الغاصب بالأقل من قيمة العبد، أو أرش الجناية، لمّا كان لا محيص له ولا انكفاك من غرامةٍ: إما قيمة هذا العبد لسيده، وإما قيمة الجناية، فهو إذا غرمها للمجنيّ عليه صار العبد سالماً من العيب، ونحن إنما ضمّنّاه القيمة لأجل كون العبد قد حدث فيه عيب، فإذا زال هذا العيب زال حكمه، وصار كعبد غصبه غاصب ثم رده إلى سيده ولم يحدث فيه تغيير في بدن ولا سوق، ولما كان هذا الغاصب لا انفكاك له من غرامة طُلب بأقلّ الأمرين اللذين وجبا عليه، بخلاف عيب طرأ على العبد من الله سبحانه ولم يتوجه فيه على الغاصب غرامة بلا بُدٍّ، ولهذا لم يلزم السيدَ الفداءُ بل ألزمه للغاصب إذا هو أقل من قيمة العبد. وهذا عندي يحمل على أن الجناية التي جناها العبد كانت خطأ منه، فإذا خلص منها بغرامة أرشها لم يبق بعد ذلك عيب. وأما لو كانت عمداً، وتَعَمُّد مثلها يكون عيباً لازماً للعبد وإن برئ منه، فإن هذا التعليل الذي ذكرناه لا يتصور فيه.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال:

اعلم أن الغاصب قد يُحدث فيما غصبه حادث[1] لا يعود إلى تغير في ذات الشيء المغصوب ولا في سوقه. وذلك على ضروب، منها: أن يملّكه لنفسه أو لغيره.

فأما تمليكه لنفسه فبأن يعتق الغاصب العبد المغصوب. فإن عتقه بمجرد[2] لفظ لا يؤثر في بدن ولا في سوق، ولكنه لما أعتق ملك غيره لم يلزم المالكَ الحقيقيَّ عتقُ الغاصب. وقد قال عليه السلام في الحديث: «**لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك**»[3] الحديث. كما وقع. وهذا الغاصب أعتق قبل

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حادثاً.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: مُجَرَّدُ.

(3) تحفة الأشراف: 8:65: حد. 11277.

أن يملك فلا ينفذ/ عتقه. لكن لو أراد سيد العبد، هاهنا، أن يلزم الغاصب هذا العتق وينفذ له، فإن **ابن شعبان** ذكر في كتابه **الزاهي** أن العبد إذا كان تغير في يد الغاصب، فإن لسيده أن ينفذ عتق الغاصب فيه، ويأخذ قيمة العبد. وإن لم يتغير العبد في يد الغاصب ففيه قولان:

ذكر أن أحدهما: أن سيد العبد يمكّن من ذلك. وأشار إلى اختيار هذا القول من القولين اللذين حكاهما.. وقد رأيت الشيخ/ **أبا الحسن** المعروف **باللخمي** صاحب **التبصرة**، رحمه الله، لما ذكرتُ له هذا القول استبعد أن يكون قوْلاً فحكيته له عن المذهب، فسألني: أين رأيته؟ فقلت له: في **الزاهي لابن شعبان**، فكلفني أن وقفته عليه، فتعجب منه.

وعندي أن وجه هذا القول أن الغاصب وإن أعتق ما لا يملك، ووقع عتقه في غير محل ينفذ عتقه فيه، فإنه لما كان عالماً بذلك صرف عتقه إلا[1] أنه التزم القيمة إن أنفذ سيدُه عتقَه، فصار كمن قال في عبد إنسان: هو حر إن قبل منّي سيدُه فيه مائة دينار. فقال السيد: قبلت. فإن العتق ينفذ. وقد وقع في **المدونة** في وكيل تعدى فباع بغير العين أنه ضامن. وقد تكلمنا على ذلك في كتاب البيوع، وذكرنا أن بعضهم علّل ذلك بكون الوكيل لما تعدى وباع بغير ما أذن له فيه صار ذلك علمَاً على التزامه بثمن المبيع من العين الذي أُمر أن يبيع بها.

وقول **ابن شعبان**: إنْ تغيّر وأنفذ سيد العبد عتق الغاصب فيه، فإنه تلزمه القيمة. وعَزَا ذلك من الخلاف فيه، نظراً لِأنّ العتق وقع قبل تضمين الغاصب القيمةَ، فصادف العتق محلاً (غيرَنا بل)[2] لعتق المعتق، لكونه أعتق ما لا يملك، فإذا ضمن الغاصب القيمة لأجل التغيير، ففي إلزامه العتق نظر لكونه سابقاً لإلزامه القيمة، وكونه مردوداً، فصار كالعدم. وهذا أيضاً يلتفت فيه إلى المترقبات إذا وقعت: هل تعدّ كأنّها لم تزل حاصلة من وقت وُجِد السبب

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: إلى.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: غيرَ قابل.

المترقَّبُ ما يكون منه، وإنما يقدر الحصول عند الوجود. وهذا ينظر إلى ما قالته الحكماء: إن الوجود على قسمين: وجود بالقوة، وهو مثل النواة تغرس، فإنها يترقب مصيرها نخلةً. ووجود بالفعل، وهو حصولها نخلة كاملة. فإذا قلنا: إن سيد العبد إذا تغيّر عبده في يد الغاصب فاختار تضمينه القيمة، فإن القيمة كأنها لزمته، وملك بها العبد من حين الغصب. أو يقال: إنما يقدّر حصول الملك يوم اختار سيد العبد تضمين الغاصب القيمةَ فيكون العتق وقع في غير ملك، ولِمَا ذكره ابن شعبان من الخلاف في تمكين سيد العبد من إمضاء العتق الذي فعله/ الغاصب وطلبه بالقيمة، فإن هذا يُستبعد، لكون العتق قولاً لم يؤثر في العين ولا في السوق، ووقع من غير مالك، وهذا يصيّره كالعدم، فإذا صار كالعدم/ فليس لسيد العبد أن يُلزم الغاصبَ القيمة إذا رَدَّ عبْدَه إليه بفور غصبه غيرَ متغيّر لا في سوق ولا بدن.

وعندي أن وجه القول بتمكين السيد من إمضاء العتق في إلزام الغاصب القيمة، أن من ذهب إلى ذلك قدّر أن الغاصب المعتِقَ الملتزمَ، بعتقِه، قيمةَ العبد، لتقدم علمه، أن العتق تقرّب من الله سبحانه، وإحسان إلى العبد، ولا يحسن ذلك إلا مع الحكم بنفوذه. وقد قيل في تعدي الوكيل بأن باع بعَرْض فإنه ضامن. وقد تقدم ذكر هذه الرواية وما حملت عليه. لكن يُلتفت في هذا أيضاً إلى أصل آخر، وهو اختلاف الأئمة رضي الله عنهم في المضمونات: هل تُملك بالضمان أوْ لاَ تملك؟. وهذا، وإن أطلقه بعض المصنفين فجعله على مثل ما نحن فيه من ضمان التَّعدّي الغير مشروع لا في ضمانٍ أوجبه الشرع بحكم التوفية على البائع، كمن باع أمة ووجب علَيه مراضعتها[1]، فإن ضمانها في أيام المراضعة[1] من البائع. ولا يختلف أنه لا يملكها بهذا الضمان، كيف؟ وهذا قد أخرجها من ملكه، وإنما عليه توفية المبيع، وتوفيته هاهنا إنما تحصل من التمكين من الأمة فارغة من الحمل. وأيضاً فإن البائع لا يُضمَّن ضمانَ القيمة

---

(1) هكذا في النسختين، والصواب: مواضعتها. . . المواضعة.

عن بعض المبيع، وإنما الحكم انفساخ البيع. وأما الغاصب فإنه يُضمَّن بدلَ العين المغصوبة قيمتَها. ولو غصب عبداً فأبق في يديه، فإن القيمة تلزمه بحكم التعدي. وقال **الشافعي**: لا يملك الغاصب بها العبد. وقال **أبو حنيفة**: بل يملكه. ونحن، وإن ضمّنّاه القيمة، لا نراه بيعاً للآبق، ولو كان بيعاً لم يجز ذلك، لكون الآبق لا يجوز بيعه.

ويحتج أصحاب **الشافعي** على أن الغاصب لا يملك الشيء المغصوب بوجوب قيمة[1] عليه، بأن الملك حكم شرعي ورد الشرع بإباحته، والغصب والعدوان ورد الشرع بتحريمه، ولا يصح أن تكون الأمور الغير المشروعة تُبيح الأمور المشروعة التي هي الملك. وأيضاً فإن حقيقة المعاوضة التي توجب الملك صدوها[2] عن اختيار المتعاقدين، لا سيما إذا قلنا بأحد القولين عندنا نحن، في أن الأخذ بالشفعة لا يكون بيعاً، لكونه مجبوراً عليه المأخوذ المستشفَع من يده، فإن حقيقة البيع التمكين من التسليم والآبق لا يمكن تسليمه. إلى غير ذلك من الأمور التي تُشعر بأن التعويض عن الشيء المغصوب لا يكون بيعاً، وإذا لم يكن بيعاً لم يُقبَضْ ملكاً.

ولو غصب/ رجل عبداً وهلك/ في يديه، لزمته القيمة، وليس قِبالة هذه القيمة عيناً تُتملّك. وإنما لزمت القيمة للحيلولة بين الملك ومالكه لا لأنها تؤخذ عنها عوضاً وهو عين الشيء المغصوب، لأنه قد هلك.

وبين أصحاب **الشافعي** اختلاف في رجل أبق له عبد، فقال له قائل: اعتقْ عنّي بألف درهم. هل يُمنع ذلك لأنه كشراء آبق، أو يجوز ذلك لأن القصد بهذه المعاوضة التقرب، وفكّ رقبته لا تأمل[3] مال وتطلب استدامة ملك؟

وكذلك لو اشترى رجل أباه وقد أبق لسيده، هل يمنع ذلك لكونه شراء

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: قيمته.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: صُدُورُها.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: تَأَثُّلُ.

آبق، أو يجوز لأن القصد إنقاذ أبيه من الرق لاستدامة[1] ملك؟

وأصحاب **أبي حنيفة** يرون أن وجوب القيمة سبب في ملك الشيء المغصوب، لأن القيمة بدل منه، فلا بد للبدل من مبدل يقابله.

وقد ناقض أصحاب **الشافعي** أصحاب **أبي حنيفة** بأن العبد المدبَّر لو غصبه غاصب فأبق في يديه للزمته قيمته. ومذهب **أبي حنيفة** أن المدبّر لا يحلّ بيعه، فقد تجب القيمة ولا مقابلة لها بملك، وإنما مقابلتها الحيلولة بين المالك وملكه.

وإذا ذكرنا هذا في هذه المسألة لأجل ما حكيناه من الخلاف في تمكين سيد العبد المغصوب من إلزام الغاصب قيمة[2] إذا أعتقه، فإذا قلنا: صادف العتق ملكاً أنفذ، وإن قلنا الأصل: لم يصادفه لن ينفذ. فلأجل تعلق ما نحن فيه بهذا الأصل نبهنا عليه هاهنا.

والجواب عن السؤال الرابع أن يقال:

ذكرنا ما يحدثه الغاصب من إعتاق العبد المغصوب الذي في يديه، ونتكلم الآن على بيعه له. فاعلم أن البيع إنما يكون مباحاً فيما يملكه البائع، إذا لم يمنعه من بيعه مانع في الشريعة، والغاصب لا يملك ما غصب، ببيعه[3] فيه لا ينفّذ إذا رده مالك الشيء المغصوب.

لكن لو أراد مالك العبد المغصوب أن يُجيزَ بيعَه فيه، ويأخذَ العوض عنه، وهو الثمن الذي باعه به الغاصب، فمذهب **مالك** و**أبي حنيفة** رضي الله عنهما أن ذلك لربّه، ولا يمنع، والبيع نافذ إذا اختار مالك البيع[4] إنفاذه،

(1) هكذا في النسختين، والصواب: لا استدَامة.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: قيمته.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فَبَيعُه.

(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: المَبيع.

وإجازة ما فعل الغاصب فيه. ومذهب **الشافعي** المنع من ذلك، وأن هذا البيع لا بد من فسخه، وإنْ أجازَهُ صاحب السلعة المغصوبة لكن باعها الغاصب.

والجاري على اَلْسنة أصحابنا أن هذا يرجع إلى الخلاف في النهي، هل يدل/ على فساد المنهي عنه وردِّه، لقوله ﷺ: «**من أحدث في ديننا ما ليس منه فهو ردّ**»[1] أو يكون مجرد النهي لا يقتضي الفساد والردَّ على الإطلاق، وإنما يوقف ذلك محل/ الدليل.

والخلاف في هذا الأصل مشهور بين الأصوليين، وكان بعض أشياخي يرى أنّ ما بُنِي على هذا من الفروع، ما كان النهي عنه لحق الخالق سبحانه. وأما ما كان النهي عنه لحق المخلوقين وأن[2] ذلك لا يحسن الخلاف فيه لأجل ما ورد في الصحيح من نهيه ﷺ عن التصرية، وجَعَل الخيار في إمضاء البيع أورده للمشتري إذا اطلع على عيب التصرية بعد عقده البيع، وما ذلك إلا لأجل أن النهي عن التدليس بالعيوب في المبيعات إنما عليه[3] اعتبار حق المخلوق، لا حق الخالق سبحانه.

ويعتضد أصحاب **الشافعي** في أن ذلك[4] الشيء المغصوب ليس له إمضاء بيع الغاصب فيه بل يفسخ فيه عقده على كل حال، بإن القول بأن بَيْع الغاصب ماض منعقدٌ على جهة الاستِبْداد به، وإباحةُ التصرف في المبيع دون إذن المالك لا يذهب إليه أحد من العلماء. ومعلوم قطعاً فساد هذا من ناحية أصول الشريعة.

وأما أن يقال: البيع منعقد ولكن معلق بقوده[5] بإمضاء مالك السلعة

---

(1) تحفة الأشراف: 11:659: حد. 17455.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فإنّ.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: عِلّتُه.

(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: مالك.

(5) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: نفوذه.

المغصوبة له، فإن هذا أيضاً لا يصحّ، لأن الانعقاد يوجب زوال التصرف في الملك، وهو مقتضى عقد البيع في الشريعة، ولا سبيل إلى القول بإباحة التصرف، وأيضاً فإن الإذن لا ينعطف على ما يقتضي[1] من الأفعال، وعُدِم بعد وجوده، وإنما يتصور فيما لم يفعل حتى يصادف انعقادُ البيع إذناً فيه قد تقدم.

وقد قال **مالك** وأبو **حنيفة** فيمن قال لأجنبية: أنت طالق. ثم تزوجها وملك عصمتها، ثم صار إلى حالة يمكنه وقوع الطلاق فيها، فإن الطلاق المتقدم لملك العصمة لا ينفكّ[2]، مع كون الطلاق يقبل التعليق المؤدي إلى (الغرر، ما لا يُحترز في عقود النكاح)[3] وبيع الإنسان ملك نفسه على الخيار قد صادف عقداً وملكاً مقرّراً، فيصح أن يضاف الانعقاد إليه لتقرر الملك، بخلاف بيع الغاصب. وهذا إذا باع الغاصب السلعة من رجل لا يعلم أنها مغصوبة، بل يعتقد أنها من أملاك الغاصب، وأما لو علم المشتري أن بائعها غاصب لها فإنه قد ساوى بائعها في الفعل المحرَّم وهو التصرف في ملك الغير بغير إذنه، دون انتقاله عن ملك[4] أو عن من ينوب عن الملك[5] كالوالي/ إذا باع في التفليس وغيره، أو عن وليٍّ، كالأب والوصي إذا باعا ملك من في ولائهما، وعلم المتبايعين[6] جميعاً بفساد العقد، بخلاف أن يعلم به أحدهما. وقد تقدم بسط هذا في كتاب البيوع.

وهذه طريقة قد تتيسر[7] إلى مذهب **الشافعي** في أن بيع الغاصب لا ينفّذ وإن أجازه المالك لأن الغاصب عقد عقداً يعلم/ فساده. على أن في المذهب

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: اِنْقضى.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يُنَفَّذ.
(3) هكذا في النسختين.
(4) هكذا في النسختين، والأوْلى: مِلْكِه.
(5) هكذا في النسختين، والأوْلى: المالك.
(6) هكذا في النسختين، والصواب: المتبايعان.
(7) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: تشير.

قولين مشهورين عندنا في غاصب باع السلعة المغصوبة من رجل يعلم أنها مغصوبة: هل يمضي البيع إذا أمضاه مالكها أم لا؟ ولكن يجب على ما أصّلناه أن يحمل الخلاف في هذا على أن الغاصب والمشتري عقدا على مغالبة رب السلعة في فسخ البيع وأنهما لا يمكنانه منه. وإن دخلا على أنه يتمكن من الفسخ متى شاء، ولا يقدران على مدافعته عن ذلك، واختار[1] ما عنده من إرادةٍ لفسخ البيع أو إمضائه لا يعلم إلا بعد أمد طويل لا يدرى منتهاه، فإنه ينبغي ألاّ يختلف في هذا الوجه، كما لم يختلف في عقد بيع خيار على اشتراط خيار رجل بعيد الغيبة، على المعروف والمشهور من أصل المذهب. ويلتفت أيضاً، إذا لم يدخل المشتري مع الغاصب على كون الانعقاد إنما يثبت بعد مطالعة رب السلعة، أو يعتقدان[2] على ترك اعتبار مطالعة[3]، إلى ما توجبه الأحكام في تنزل الأحكام منزلة ما عقد المتبايعان باختيارهما أم لا؟ وقد مرّ ذلك مستقصى في مسائل كتاب البيوع.

ولو أراد صاحب السلعة المغصوبة أن يُلزم الغاصبَ قيمتَها، وهي لم تتغير في يد المشتري في سوق ولا بدن، لم يمكّن من ذلك لقدرته على استرجاع سلعته المغصوبة بعينها من غير ضرر يلحقه في ذلك. هذا مما يمنع منه صاحب السلعة، ولا يكون ذلك من حقه.

فإن قيل: هل لا يجري هذا على الاختلاف، الذي ذكرتموه، فيمن غصب عبداً فأعتقه، فأراد مالك العبد أن يضمِّن الغاصبَ القيمةَ ليُنفِّذ عتقه فيه. وقد حكيتم أن في كتاب **ابن شعبان** قولين في هذا، فكذلك ينبغي أن يكون في بيع الغاصب، ويكون بيعه لهذا العبد مع علمه أن البيع لا يصحّ إلا فيما يملكه البائع، عَلَماً على التزامه القيمة، كما كان عتقه العبد علمنا[4] على التزامه القيمة.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: اختبارُ.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يَعْقدان.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: مطالعته.

(4) هكذا في النسختين، والصواب: عَلَماً.

وقد أشار بعض الأشياخ أن العتق لا يلزمه فيه القيمةُ إذا لم يتغير العبد، كما لا تلزمه قيمة إذا باع العبد المغصوب. وأشار إلى أن جعْل البيع في ذلك أصلاً لا يختلف فيه.

ولا يمكن أن يفرق بينهما عندي إلا بأن يقال بأن العتق له حرمة توجب (حق وجه عن)[1] ملك المالك بغير اختياره،/ كعتق أحد الشريكين نصيبه، وما ذاك إلا لحرمة العتق. وهذا مما ينظر فيه.

ولو عقد المشتري البيع من الغاصب وهو يعتقد أن الغاصب مالكٌ لما باعه منه، فاطلع بعد ذلك على أن السلعة المبيعة منه مغصوبة، فأراد المشتري الردّ لكون هذا عيباً لم يدخل عليه، والعيب هاهنا هو انتظار صاحب السلعة المغصوبة، واستعلام ما عنده من إجازة أو ردّ/ فإنه إن كان صاحب السلعة حاضراً، أو قريب الغيبة لا يلحق المشتري ضررٌ في استعلام ما عنده، هل يُجبرُ[2] البيع أو يرده؟ فإن المشتري لا يُمكَّن من استعجال ردّ هذا البيع، لتعلق حق صاحب السلعة، بل يُلزِمه البيعَ، ويأخذ الثمن. وإن كان صاحب السلعة المغصوبة بعيدَ الغيبة، لم يلزم المشتريَ الصبرُ حتى يقدم، لما يلحقه في ذلك من الضرر من ضمان السلعة المبيعة، والتحجير مع هذا عليه في التصرف فيها.

وإذا أجاز صاحب السلعة بيع الغاصب فإن له مطالبةَ الغاصب بالثمن الذي قبضه من المشتري، فإن أراد أن يرل[3] عن ذلك إلى أن يطلب به المشتريَ، ويرجع المشتري على الغاصب بما دفع إليه، فهل يمكن من هذا أم لا؟ فيه قولان:

المشهور من المذهب أنه لا يمكّن من هذا، وإنما تكون له المطالبة بالثمن المقبوض على من قبضه وهو الغاصب.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وجْهَ حَقٍّ في.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يُجِيزُ.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ينزل.

وقيل: بل له مطالبة المشتري بذلك، ويرجع المشتري بالثمن الذي دفعه على من قبضه منه وهو الغاصب، إذ لا يلزمه أن يغرّمه مرتين.

وكان بعض أشياخي يخرج الخلاف في هذا على اعتبار حقيقة البيع في الشرع، هل هو التقابض أو العقد بالقول؟

فإن قلنا: إن[1] التقابض. لم يمكّن صاحب السلعة من أن يرجع بالثمن على المشتري، لأن معنى إجازته بيع الغاصب هي إجازة لقبض الثمن، وإذا أجاز قبضَ الغاصب الثمنَ لم يكن له الرجوع به على المشتري.

وإن قلنا: إن حقيقة البيع العقد بالقول، لم تكن إجازةُ البيع إجازةَ القبض، فتكون له مطالبة المشتري بدفع الثمن إليه لأنه، لم يجز له الدفع إلى الغاصب.

وهذا التخريج على هذا الأصل فيه نظر، لكون هذا الأصل مطالب من أصله بإثباته، وإنما يجري هذا الخلاف على أن الوكيل على بيع سلعة موكَّل على قبض ثمنها وينظر في ذلك: هل توكيله على قبضه ثمنها يتضمنه توكيله على/ بيعها، فتكون إجازة صاحب السلعة لبيع الغاصب قد تضمن ذلك إجازة قبضه الثمنَ. أو يقال: إن قبض الوكيل لثمن السلعة المبيعة لا يتضمنه توكيله على عقد بيعها، وإنما ذلك بعادة جرتْ أن من وكل على[2] قبض الثمن، هذه العادة لم تستقر في إجازة صاحب السلعة بيع الغاصب، وكأنه حين أجاز بيع الغاصب فحينئذٍ انعقد البيع على أن الوكيل معزول عن القبض، وإذا كان معزولاً عنه لم يَبرَأْ المشتري بالدفع إلى وكيل معزول عن القبض.

ولو كان المشتري من الغاصب قد أفات السلعة التي اشترى، فإن ذلك لا يمنع صاحب السلعة المقبوضة من إجازة البيع، وطلب الثمن من الغاصب، أو

---

(1) هكذا في النسختين، والصواب: إنه.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: إضافة: على [بيعٍ] قبض....

طلبه قيمةَ ما فات عند المشتري من الغاصب. تقوّم السلعة/ يوم الغصب، أو يوم باعها، على ما حكيناه عن بعض أشياخنا من كون البيع تعدياً ثانياً، وتعقبناه. وهل له أن يطالب المشتري من الغاصب لما قد فات في يد المشتري؟ لا يخلو من قسمين:

أحدهما: أن يفوت ذلك بيد المشتري بأمر لا صنع للمشتري فيه، مثل أن يكون عبداً قد مات في يد المشتري، فإنه لا مطالبة على المشتري بثمنه ولا قيمته لكونه يعتقد إباحة ما فعل من الشراء.

وكذلك أيضاً لا يكون للمشتري مطالبة على الغاصب الذي باع منه بالثمن الذي دفع إليه، لأنه، وإن لم يضمن الموت لصاحب السلعة المغصوبة، فإنه لا يضمن له الغاصب الثمن، لكون الذي باع منه قد حصل له، ولم ينتقض عليه البيع فيه بأخذ عين العبد من يده، ولا غرامة لقيمته، فأشبه موتَ العبد في يديه، ولم يستحق، ولم يأت مستحق مستحقه. لكن لو كان العبد الذي مات في يديه انكشف أنه حرّ باعه منه رجل، فإنه يرجع هاهنا بالثمن على البائع منه، لأنه أخذ ثمناً عمّن لا يصحّ أن يكون مثموناً لآخر؛ بخلاف أن يُكشَف كون العبد الذي مات مملوكاً لغير من باعه منه.

ولو انكشف أنه ليس بصريح في الحرية، ولا صريح في الملك والرق، بل فيه عقد حرية مثل المعتَق إلى أجل، وأم الولد، والمدبَّر، والمكاتَب فإن الحكم يفتقد في هؤلاء الأربعة، فمن كان منهم لا يترقَّب عودةً إلى الرق على حال، بل قطع على أنه سيسري به العقد الذي فيه إلى الحرية إن لم يخترمه الأجل، كأم الولد والمعتَق إلى أجل، فإن ذلك يلحق بالحرّ الصريح، فيرجع المشتري على من باع منه بما دفع إليه من الثمن في موت أم الولد والمعتق إلى أجل، وهما في يديه/ ولا يرجع بالثمن في المدبَّر ولا المكاتَب لكونهما يترقب رِقُّهما بأن يعجز المكاتب، فيصير رقيقاً يصح بيعه، وكون المدبر قد يموت سيده فيباع في دين عليه. وأُجري عليهما هاهنا حكم الرق الصريح.

فلو كان المشتري هو الذي أفات ما اشترى على وجه ينتفع به، كطعام أكله، أو ثوب لبسه، باعه منه غاصب، فإن لصاحب الطعام والثوب أن يغرِّما المشتريَ عوض ما انتفع به من مالهما: إما المثل فيما يُقضَى فيه بمثله، أو القيمة فيما يقضي فيه بالقيمة.

وإن كان لا منفعة له فيما أفات، لا ممّا اشتراه، كعبد باعه منه غاصب، فقتله المشتري عمداً، فإن لسيد العبد أن يغرّم المشتريَ قيمتَه لكون متعدياً في القتل فاعلاً لما نهى الشرع عنه، فكان لمالك العبد طلبُه بما أتلفه عمداً.

وأما إن أتلفه خطأ، مثل أن يريد ضرب شيء فغلط فأصابت ضربته العبد الذي اشتراه، والخلاف في هذا مبني على ما قدمناه من أن الخطأ/ والعمد في أموال الناس سواءٌ، يوجب الغرامةَ، إلا أن يكون المتلِف مأذوناً له من المالك، أو من الشرع في التصرف فيما أتلفه خطأ، فإن في ذلك خلافاً: هل يستوي فيه الخطأ والعمد أم لا؟

وإذا طلب سيد العبد المشتريَ قيمة ما أتلف، وكان يوم التّلاف يساوي خمسين ديناراً، فأخذها سيد العبد من المشتري، فهل يعد ذلك كأخذ عين العبد من المشتري، وهو إذا أخذ عين العبد من المشتري فقد اتُّفق على أنه يرجع المشتري على من قبض منه الثمن، وهو الغاصب، بجميع الثمن، أو يقال: إنّ أخْذ القيمة من بذل[1] جنايته، ولا يحل ذلك محل أخذ عين العبد، فيقدّر أن ذلك كموت العبد في يد المشتري، وهو لو مات في يديه لم يرجع على الغاصب من الثمن بشيء مما دفع إليه (هاهنا القيمة بحكم الجناية والمطالبة له على الغاصب إلا بمقدار ما أدخله فيه من خسارة)[2]، وهي طلب القيمة منه، إذ لو لكان العبد المقتول مالكه لا يستحقه أحد فقتله. فإنه لا مطالبة عليه بثمنه ولا قيمته، وإنما طولب هاهنا بقيمة العبد الذي قتله بسبب تغرير الغاصب به بأن باع

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بَدَل.
(2) هكذا في النسختين.

شيئاً لا يملكه، حتى أوجب عليه غرامة لمالكه. هذا فيه قولان بين **ابن القاسم** و**أشهب**:

فمذهب **ابن القاسم** أن مطالبة المستحق للمشتري بقيمة العبد الذي قتله تحل غرامتُها محلَّ عين العبد الذي قتله المشتري. وقد اتُّفق على أن أخذ عين من يد مشتريه يوجب له رجوعه بجميع الثمن على الغاصب الذي باع منه العبد، فكذلك/ إذا أُخذت منه قيمة العبد فلا يخسر سوى الخمسين ديناراً، وقد رجعت إليه لما أخذ من الغاصب جميع ثمنه الذي كان دفعه إليه.

ومذهب **أشهب** أن البيع لا ينتقض، ولكن يبقى حق مالك العبد، إذا أخذ قيمته من المشتري، في مطالبة الغاصب ببقية ثمن عبده، فإن كان الغاصب باع هذا العبد من المشتري بمائة دينار فإنّ لِسيد العبد، إذا أخذ من المشتري الخمسين ديناراً التي هي قيمة المقتول، أن يرجع على الغاصب البائع ببقية الثمن، وهو الخمسون الباقية، لأنه قد كان له أن يجيز البيع ويأخذ الثمن من الغاصب، كما قدمناه، وليس عدوله عن ذلك إلى أن أخذ من المشتري خمسين ديناراً بالذي يسقط حقَّه من طلب الثمن، ولا يقدَّر أنه لما طلب المشتري بالقيمة كأنه أبرأ الغاصب من بقية الثمن، كما سيرد ذلك في قتل رجل عبداً في يد غاصبه. ولو كان هذا العبد المقتول قيمته يوم غصبه الغاصب مائة دينار وعشرون، وباعه الغاصب من هذا المشتري الذي قتله بمائة دينار وقتله/ المشتري وقيمته خمسون ديناراً، فإن مذهب **أشهب**، على ما أصلناه، تمكين سيد العبد من تغريم الغاصب سبعين ديناراً بقية تمام قيمة العبد يوم غصبه الغاصب، وقد كان أخذ سيد العبد من المشتري خمسين ديناراً قيمة عبده، فبقيت له من قيمته يوم الغصب سبعون ديناراً فيأخذها من الغاصب.

وأما إذا باع الغاصب ما غصبه، من عرض أو حيوان أو غير ذلك، ثم اشتراه من مالكه الذي غصبه منه، فأراد أن ينقض ما كان عقد فيه من بيع، ويأخذه من الذي كان اشتراه منه، فإنه لا يمكّن من ذلك، كما ذكره في **المدونة**

واعتل بأن الغاصب إنما قصد باشترائه التحلُّلَ مما صنع.

وظاهر هذا التعليل أن هذا الغاصب لو علم أنه لم يقصد باشترائه التّحلل مما صنع، وإنما قصد ملكه بوجه جائز، لمكن من نقض بيعه فيه، لأن لمالك الشيء المغصوب نقض بيع الغاصب فيه. فإذا اشتراه الغاصب من مالكه فقد جرى مجرى مالكه في استحقاقه نقض هذا البيع الذي باعه. ولأجل التعليل الذي ذكره جعل حكم الميراث خلاف حكم الشراء، فقال: لو ورث الغاصب ما كان باعه لكان له نقض بيعه فيه.

هذا طرد التعليل الذي ذكره لأن (يملك لهذا)[1] الذي ورثه ليس عن/ قصد منه واختيار، فيظن به أنه قصد بتملّكه التحلّل مما صنع. وقيل: بل له نقض البيع فيه، كما لو اشترى. وهذا لأنه قد كان للميت الذي ورث هذا الغاصبُ عندما باعه، أن ينقُض البيع فيه، والميراثُ ينقل الملك بحقوقه كلها إلى الوارث، ومن حقوق هذا الملك تمكين المورَّث عنه من فسخ هذا البيع، فكذلك يكون ذلك لوارثه.

ولو أن الغاصب لما اشترى الشيء المغصوب من مالكه دلّس عليه، مثل أن يكون باعه بعشرة دنانير، واشتراه من مالكه بثمانية دنانير، ولم يُعلِمه بالثمن الذي باعه به، فإن لمالك الشيء المغصوب أن يطالب الغاصب بالدينارين (الباقية عنه)[2] من الثمن الذي باعه به الغاصب، لأن من حق مالك الشيء المغصوب أن يجيز بيع الغاصب فيه، ويأخذ الثمن من الغاصب.

ولو أعلمه الغاصب بأنه باعه بعشرة دنانير، لأمكن أن يأخذها منه، ولا يبيعه منه بثمانية.

وكذلك لو كان باع ما غصبه بثوب ثم اشتراه من مالكه بدنانير، لكان من

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: تَمَلُّكَ هذا.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الباقيَيْن.

حق مالكه أن يفسخ شراء الغاصب منه، ويطلبه بالثوب الذي باعه. ولو هلك الثوب في يد الغاصب للزمه قيمته، لأنه كالغاصب أيضاً له لكونه مخاطَباً في[1] أن يعلم لصاحب[2] الشيء المغصوب بما فعل، ويمكّنه من أخذ هذا الثوب، فإذا لم يفعل صار/ فعله غصباً ثانياً.

ولون كان مشتري الثوب من الغاصب هو الذي اشتراه من مالكه، فإن له نقض ما فعله الغاصب من بيعه منه، كما كان لمالكه أن يفسخ بيع الغاصب. وإذا فسخ المشتري من الغاصب العقد الذي بينه وبينه، رجع على الغاصب بما دفع إليه من النظر[2]. ولو كان الثمن الذي دفع إليه عرضا رجع بقيمته إذا حال سوقه، لأنه هو الذي مكّن الغاصب مما دفعه إليه وسلطه عليه، فجرى ذلك مجرى الاستحقاقات في البيوع الجائزة.

ولون كان الغاصب الذي باع الشيء المغصوب اشتراه منه مشتريه بخمسة دنانير وقد كان باعه من مشتريه منه بعشرة دنانير، واعترف إذا فعل ذلك بالشيء المغصوب، فإن المالك لهذا الشيء المغصوب بالخيار بين أن يجيز ما فعله الغاصب ثانياً من أخذ الشيء المغصوب بعينه وأخذ ما ربح فيه الغاصب، وهو الخمسة دنانير، أو يردّ ما فعله الغاصب ثانياً، ويجيز ما فعله أوّلاً، ويطالبه بالعشرة التي باع بها ما غصبه إياه.

ولو أن هذا الغاصب لم يعترف أن الشراء لمالك الشيء المغصوب، فلم تكن هذه الخمسة دنانير التي ربحها الغاصب ما بين بيعه لهذا الثوب المغصوب وشرائه له، في ذلك ثلاثة/ أقوال:

مذهب **ابن القاسم** في هذه المسألة أن هذه الخمسة دنانير تكون لمالك الشيء المغصوب، ويأخذ عين الثوب الذي غصب له من يد غاصبه، ويأخذ الخمسة دنانير التي ربح الغاصب، لكون الغاصب لا يمكن من أن يربح في

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب حذف (في) و(لِـ).

(2) هكذا في النسختين.

الشيء الذي غصبه. وهذه إحدى طريقيه في أن الغاصب لا يربح.

ومذهب **أشهب** أن هذه الخمسة دنانير تكون للغاصب، لأن المالك للشيء المغصوب قد وجده، لما قام في طلبه، في يد غاصب[1] لم يتغير في عينه ولا في سوقه، وإذا وجد المالك الشيء المغصوب عين ما غُصب له لم يتغير، فلا مقال له في تغريم صاحبه. وجعلَ ما تخَلّل من ذلك، من بيع وشراء، كالعدم، كما ذكرناه في كتاب البيوع الفاسدة، فيمن اشترى ثوباً فاسداً فلم يفسخ بيعه حتى باعه مشتريه صحيحاً، فإن ذلك فوْت يمنع من الفسخ، ويوجب القيمة يوم القبض.

فلو رجع هذا الثوب الذي اشتراه شراءً فاسداً للذي كان اشتراه شراء فاسداً بوجه صحيح، لم يمنع من فسخ العقد الفاسد الذي كان وقع فيه، وجعْلِ ما وقع بعد العقد الفاسد من بيع صحيح كالعدم.

والقول الثالث إن هذه الخمسة دنانير ترجع إلى من كان دفعها للغاصب، لأن مالك الثوب المغصوب لما أخذ عين ثوبه فقد انتقض جميع ما كان فيه من البياعات، كما ينقض بالاستحقاق جميع البياعات المتقدمة للاستحقاق.

ومما يحدثه الغاصب الغيبة على جارية/ غصبها فإنه يضمن قيمتها بمجرد الغيبة عليها، إذا كانت جارية رائعة من جواري الوطْء، سواء عُلم أنه وطئها أو شك في ذلك. إلى هذا ذهب **مطرف** و**ابن الماجشون** وأوجبا القيمة على الغاصب، لأجل أن ذلك يقتضي شكّاً هل وطئها الغاصب أم لا؟ وذلك ينقص من ثمنها، وأدنى مراتبه أنه كالعيب اليسير، والعيب اليسير يضمن به الغاصب ما غصب، وتلزمه فيه غرامة القيمة. وأيضاً فإن الغيبة عليها مما يقتضي التوقف عن وطئها حتى تستبرأ، فيصير ذلك حَبْساً لها عن ربها، ومنْعاً لسيّدها منها، وذلك يوجب القيمة.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: غاصبه.

لكن هذا التعليل يقتضي أنه لو كان أيامُ حيضتها قد أشرفت وقَرُبتْ ألاّ يضمن الغاصب القيمة، إذا كان حبسها عن ربّها بقرب زمنه. وبعض أشياخي يرى أن سيدها إذا كان مقرّاً بوطئها لم يعجل القيمة بل توقف، لجواز أن ينكشف كونها حاملاً فترجع لسيدها أمَّ ولد له فإن حاضت، وتبين أنها/ غير حامل من سيدها، أخذ القيمة التي وُقفتْ له.

ومذهب **ابن القاسم** أن مجرد الغيْبة لا يوجب ضمان القيمة، خلافاً لما حكيناه عن **مطرف** و**ابن الماجشون**.

وما ذاك عندي إلا أنه يرى أن مجرد الغيبة ليس بعيب في هذه الجارية، ووجوب استبرائها قد تكلمنا عليه في كتاب الاستبراء.

ومما يحدثه الغاصب استيلاد الأمَة المغصوبة، فإن **ابن القاسم** و**أشهب** اتفقا على أنه ما استولده الغاصب، واغتلّه في الحيوان من لبن وشبهه، فإن مالك ذلك يستحق أخذه للأمهات وما ولدت وما اغتل منها. وإن ضمن مالك ذلك قيمة الأمهات وما ولدت لم تكن له مطالبة بالأولاد ولا بهذه الغلاّت.

وإن حدث الموت بالأمهات وأولادها جميعاً، أوْ بأخذهما[1]، فهاهنا (اسْتخلفا لمذهب)[2] **ابن القاسم** أنهما إذا ماتا جميعاً لم يضمن الغاصب سوى قيمة الأمهات يوم الغصب، لأنه إذا ضمنها يوم الغصب صار ما حدث من ولد أو غلّة كأنه حدث في ملك الغاصب، ومن حدث في ملكه شيء لم يؤخذ منه إلا بوجه يوجب ذلك.

وعند **أشهب** أنه، وإن ضمن الأمَّ يوم الغصب، فإنه يضمن مع ذلك قيمة الأولاد يوم ولدت، وقدر أن ذلك كغاصب سلعتين، فإن هلكا جميعاً غرم قيمتهما جميعاً، وبمجرد الولادة صار الولد كسلعة أخرى يجب على الغاصب

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بأحدهما.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: اختلفا فمذهب.

ردها لمالكها، فإذا لم يفعل صار كمبتدى غصب لها يوم ولادتها، وانفصال[1] الولد منها صار الولد مغصوباً حين مفارقته لبطن أمه، فيضمن قيمته يوم الغصب.

وخرج بعض أشياخي في غرامة قيمته قولاً/ آخر أنه يغرم قيمة الولد أعلى قيمة مرت به، كما قدمنا حكايته عن **أشهب** و**عبد الملك** و**ابن وهب**.

وهذا التخريج عندي قد يمانع فيه لأجل أن الولد قد قيل: إنه غلة لا يردّ مع الأمهات، كما سيرد بيانه فيما بعد إن شاء الله تعالى، وإذا كان لا يجب رده صار كونه مغصوباً غير مُجمَع عليه فلا يجري ذلك مجرى الغصب المجمع عليه الذي يقدر فيه الغاصب فيه كمبتدى غصب كل يوم، كما كنّا قدمنا الخلاف في ذلك، وإسناده إلى أصل معروف، وهو أن التماديَ على الفعل هل يقدّر كابتدائه أوْ لا؟.. وقد بسطنا ذلك في موضعه.

وقد نوقض **أشهب** في هذه المسألة، من التزام الغاصب قيمة الولد إذا مات، بموافقته **لابن القاسم**، لأن الأمهات والأولاد إذا[2] كانوا موجودين. واختار **مالك** في الأمهات تضمين الغاصب/ قيمتها يوم الغصب، فإن الأولاد تبع للغاصب[3]، فكذلك يجب إذا ماتت الأمهات والأولاد وغرم الغاصب قيمة الأمهات يوم الغصب، أَلاَّ يلزمه قيمة الولد الذي مات. فإن مات أحدهما، الأم أو الولد، **فأشهب** يجري على أصله في أخذ الموجود منهما، وقيمة الهالك إن كان الهالك أُمَّا بيوم غصبها، وإن كان ولداً فالقيمة يوم وُلِد. وهذا لما قدمناه من كونه يرى الأم والولد كسلعتين غصبتا، فالباقي منهما يأخذه مالكه، والهالك منهما يقوم[4] الغاصب قيمته.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وبِانْفصال.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب حذفها.
(3) هكذا.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يُقَوَّم [على] الغاصب.

ومذهب ابن القاسم أنه إذا أخذ الموجود منهما ولم يضمّن الغاصب قيمة الأمهات، فإنه لا مطالبة له بقيمة الهالك منهما. وقدّر أن الولد كعضو من أعضاء الأم، والجارية إذا غُصبت فذهب عند الغاصب عضو منها، كيد أو عين، فاختار أخذ الباقي من أعضاء الجارية، فإنه لا يغرم قيمة العضو الهالك إذا كان هلاكه بأمر من الله سبحانه، لا صنع للخلق فيه، كما قدمناه أن هذا هو المذهب، إلا ما يتخرج مما روي عن سحنون في الغاصب إذا قطع يد الجارية التي غصبها أنه يضمن قيمة اليوم[1] يوم الغصب على ما مضى بيانه.

وإذا تقرر عندك هذا الأصل أن أشهب يرى الولد إذا انفصل عن أمّه كسلعة غصبت بعد سلعة، فإن لك منها أحكام: قتل الأم أو الولد أو قتلهما جميعاً، فإنه يطالب بقيمة ما قتل يوم غصبه، أو يوم سقط، على ما قدمنا ذكر الخلاف فيه، ويأخذ الموجود منها: الأم أو الولد. وكذلك أيضاً يتضح الحكم على أصل ابن القاسم أنه يراه كعضو منها، وإن انفصل عنها، فإنْ قتلَهما جميعاً لم يضمن إلا قيمة الأمهات يوم الغصب لأنه إذا ضَمن قيمة الأم يوم الغصب صار الولد المقتول من جملة أملاك الغاصب.

وإن قتل أحدهما، واختار سيدها أخذ الباقي/ منهما، لم يضمن المقتول منهما إذا كان أخذ القيمة يوم غصب الأم. وإن أُخِذَت يوم القتل لم يقدر الولد من جملة أملاك الغاصب.

وهذا التفريع يتضح لمن عرف ما قدمناه من قتل الغاصب لما غصب: هل تعتبر القيمة يوم الغصب أو يوم القتل؟

ومما يحدثه الغاصب التَّجْرُ بدنانير غصبها، فإنهُ، وإن كان حبسها وأنفقها ولم يتجر بها فإنه لا يضمن فيها ربحاً في المشهور من المذهب إذ الربح معدوم، والعدم لا يُملك ولا يُضمَّن. لكن يجب أن يضمن لصاحب/ الدنانير

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: اليَدَ.

مقدار ما كان يربح فيها صاحبها لو تجر فيها يقوّم أقلّ ما يظن به أنه لو تجر بها لاستفاده، على طريقة **عبد الملك بن الماجشون** فيمن غصب داراً فأغلقها، فلم يسكنها ولا أكراها، فإنه يطالب بمقدار كرائها، مع كونه لم ينتفع منها بشيء.

وقد ذكر **ابن سحنون** في شاهدين شهدا على رجل له دين على رجل آخر قد حل، أنه أخره به عاماً، فلما انقضى العام، رجعا عن شهادتهما، بعد أن حكم الحاكم بها، أنهما يغرمان ما يظن أن الذي له الدين لو أخذه لما حلَّ وتَجِر به في هذا العام الذي شهدا به عليه أنه تطوع بتأخير الدين إليه لاستفاده، إذا كان الدين المشهود بتأخيره عيناً أو مكيلاً أو موزوناً.

وهذا يشير إلى ما قلناه من إلزام الغاصب ضمان ما منع من فوائد الأموال.

وأما إذا كان الغاصب قد تجر بها وأفاد فيها ربحاً، فلا يخلو من أن يكون لما تجر بها موسراً حينئذٍ يُعامل على ذمته، أو معسراً يعلم أنه لولا المال الذي غصبه لما عومل.

فإن كان تجر بها، وهو موسر، كان الربح له، ولا يختلف في هذا على المذهب المشهور في أن الغاصب لا يضمن ما منع منه من فوائد.

فإن كان الغاصب معسراً ففيه قولان: هل يكون الربح للغاصب إذا كان معسراً أو يكون الربح لرب المال؟

وسبب هذا الاختلاف أن نماء المال لم يحدث إلا عن مجموع أمرين: أحدهما: نفس المال المغصوب والثاني: تجر الغاصب، ولو لم يعمل به الغاصب لم يَنْمُ المال. ولو حاول الغاصب ما يشتريه وهو فقير لم يتمكن[1] له ذلك غالباً. فقد تبين من هذا أن الربح حصل عن اجتماع أمرين: المال وفعل الغاصب في المال، فلا بد أن يستند إلى أقواهما سبباً فيه. فمن رأى أن المال

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يمكن.

هو أقوى سبباً في حصول الربح قال: إن الربح لرب المال. ومن رأى أن عمل الغاصب فيه أقوى سبباً في حصول الربح قضى بكون الربح في المال المغصوب للغاصب.

ومما يجري على هذا الأسلوب القولان في زكاة ربح المال: هل يستقبل بالربح حولاً أو يزكّى إذا حال الحول على رأس المال؟ وقد مضى في كتاب الزكاة ذكر/ الخلاف في هذا وذكر الدلالة لكل مذهب من هذين المذهبين. وهو أيضاً ينبني على ما أشرنا إليه هاهنا فيمن قدّر أن أقوى السببين في تحصيل الربح رأسُ المال، أجرى على حكم الربح حكم رأس المال ثم تقدير مضي الحول عليه./ ومن رأى أن أقوى السببين في تحصيل الربح عملُ صاحبه فيه وتجره به، استقبل بالربح حولاً.

وقد اختلف أيضاً فيمن اشترى سلعة، والناس في صلاة الجمعة، فقلنا بفسخ البيع على أحد القولين، بفساد العقد، فلو فات هذا البيع عند مشتريه وعقد فيه بيعـاً صحيحاً جائزاً فربح فيه، هل يتصدق بالربح أم لا؟ وهذا جار على هذا الأسلوب، هل سبب ربح هذا المال الذي يملكه على صفة لا تجوز أو سبب الربح عمله فيه، إلى غير ذلك من المسائل الذي يعتبر فيها هذا الأصل.

والجواب عن السؤال الخامس[1] أن يقال:

إذا استهلك الغاصب طعاماً غصبه، مكيلاً أو موزوناً، قُضِيَ عليه بمثله، ولو استهلكه في أيام الشدة وغلاَء الطعام، ثم حُكم عليه في أيام رخاء ذلك الطعام ففيه قولان:

المشهور منهما أنه لا يغير الحكم ويقضى بمثله. والقول الآخر أنه يقضى عليه بقيمته حين غصبه الطعام في أيام غلائه. وهذا يتضح على إحدى الطريقتين

---

(1) نبهنا على سقوط نصّ هذا السؤال عند تعداد الأسئلة.

اللتين قدمناهما، من أن الغاصب يضمن ما منعه من فائدة في الشيء المغصوب.

وأما إن كان الطعام المستهلك جزافاً، فإنما يُقضَى بقميته. ولو طلب صاحب الطعام أن يقضى له بمكيلة يتحقق أن الطعام الجزاف المستهلك لا يقصُر عنها لكان فيه قولان:

أحدهما تمكينه من ذلك، لأن الأصل القضاء بالأمثال، وإنما عدل عن ذلك إلى القيمة لامتناع الاطلاع على حقيقة المماثلة في الكيل. فإذا طلب صاحب الطعام أن يقضى له بها[1] يعلم أنه استهلك عليه، ويعرف مقدار كيله، مُكّن من ذلك.

والقول الآخر أنه لا يمكن من ذلك[2] أوجب القيمة لصاحب الطعام (بتغير هذا الحكم)[3].

وإذا استهلك الغاصب الطعام، ووجب عليه مثله، فلم يوجد ذلك حين المحاكمة، فإن يئس من أن لا يوجد أبداً، قُضِي بالقيمة، وإن رجا وجوده عن قربٍ، ينبغي التلوم في مثله في المحاكمة في هذا، أخّر القضاء بذلك عليه إلى حين وجوده. وإن لم يوأس من وجوده على التأبيد، ولا رجي عن قرب، ففيه قولان:

أحدهما أنه يؤخر قضى[4] يردّ مثله إلى أن يتفق وجودُه وهو مذهب **ابن القاسم**.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بِمَا.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: إضافة واو العطف: [و] أوجب...
(3) هكذا في النسختين.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حتى.

والقول الثاني، وهو مذهب **أشهب**، أن له أخذ القيمة، وإن شاء صبر إلى وجود مثل الطعام.

وذكر **ابن عبدوس** أن اختلاف **ابن القاسم** و**أشهب** في هذه المسألة كاختلافهما فيمن أسلم في فاكهة لها إبّان ففات/ الإبان قبل أن يقتضي، فإن/ **ابن القاسم** يقضي بالتأخير إلى عام قابل، كما فعل هاهنا في مستهلك الطعام.

ومذهب **أشهب** أنه يردّ رأس المال، ولا يجوِّز الرضى بالتأخير، ومقتضى هذا لا يجوّز في استهلاك الطعام أن يجيز[1] ما بين أخذ قيمته نقداً أو العدول عنها إلى التأخير لعام مقابل[2]، فيكون ذلك فسخ دين في دين.

وهذا الذي اعترضه به **ابن عبدوس** لا يلزم، على أحد القولين، فيمن خيّر بين شيئين، فلا يقدَّر اختيارُه لأحدهما رجوعاً إليه بعد أن اختار الآخرَ فيكون فسخَ دين في دين.

وأما على الطريقة الأخرى ففيه نظر ينكشف وجهه مما قدمناه في كتاب السلم لما ذكرنا الاختلاف في فوات الإبان، هل يلزم التأخير أو المحاسبة، وغير ذلك مما قيل فيه وعِلَل ذلك.

وأما لو كان الطعام المغصوب لم يستهلك، ولكنه أبقاه الغاصب بالبلد الذي غصبه فيه، ثم سافر إلى بلد آخر، فلقيه صاحب الطعام، فأراد مطالبته حيث لقيه.

فإن **ابن القاسم** يرى أنه لا يُقضَى عليه حيث هو بالطعام، وإنما يقضى عليه بأن يدفع الطعام أو مثله بالبلد الذي قبضه فيه وإن كان في ذلك تأخيراً[3] لصاحب الطعام عن حقه واستيفائه.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يُخَيَّر.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: قابل.
(3) هكذا في النسختين، والصواب: تأخيرٌ.

والقول الثالث ما ذهب إليه **ابن القاسم** وهو المساواة في هذه الثلاثة أقسام في الحكم، فمنعه أن يأخذ الشيء المغصوب وقضى له بما تجب عليه لو كان بالبلد المغصوب فيه واستهلك الغاصب ما غصب، فإنه يجب عليه مثل الطعام الذي استهلك، وقيمةُ الحيوان والعروض الذي استهلك، فكذلك هاهنا يقضى على هذا الغاصب بمثل الطعام الذي غصبه ونَقله، وتستوفى منه القيمة بالبلد الذي وقع فيه الغصب للحيوان والعروض، ويؤخذ بذلك الغاصب حيث لقيه صاحب المال. فأجرى جميع الأقسام على الحكم الذي ذكره **مالك** في الطعام.

والقول الثالث، وهو الذي ذهب إليه **أشهب**، وهو إجراء جميع الأحكام على حكم واحد، ولكنه الحكم الذي حكم به مالك في العروض، بجعل صاحب الشيء مخيّراً بين أن يأخذ عين الطعام المغصوب والحيوان أو العروض، أو يعدل عن ذلك إلى تغريم الغاصب القيمة، قيمة ما غصب بالبلد الذي وقع فيه الغصب، يأخذه بالقيمة حيث لقيه. وذكر في الطعام أنه يحال بينه وبين الطعام حتى يصل صاحب الشيء المغصوب.

وهكذا في **الموازية** أنه يتوثق لصاحب الشيء المغصوب من حقه إذا منع من أخذ الطعام بعينه.

وذهب **سحنون** إلى المساواة بين العروض والحيوان وأجرى عليهما الحكم الذي أجراه **مالك** في الحيوان، فقال: ليس لصاحب الشيء المغصوب، من حيوان أو عروض، إلا أخذ عين شيْئه إذا لم يتغير. وما أدري ما يقول في الطعام: هل يجريه هذا المجرى؟ وقد وقع له ما يدل عن ذلك إلا أنه أشار إلى أن اختلاف البلدان يجري مجرى اختلاف الأسعار، والغاصب لا يضمن الشيء المغصوب بتغير سوقه وإنما يمنعه[1] بتغير عيْنه.

وهذه الإشارة تقتضي ألاّ يكون إلا أخذ الطعام بعينه. لكنه لما ذكر مذهب

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يضمنه.

أشهب أنه يمكّن صاحب الطعام من أخذ عين طعامه، أنكر هذا وقال: هذا خلاف الرواية، وإنما له مثل طعامه بالبلد الذي غصبه فيه فإن يكن/ مذهب **سحنون** أن الطعام والعروض والحيوان ليس له إلا أخذ عينه، كما قال **مالك** في الحيوان، صارت المسألة على أربعة أقوال تفصيل **مالك** للأحكام على ثلاثة أقسام/ وثلاثة أقوال، أخذ كل صاحب مذهب فيها بما حكم به **مالك** في قسم من الأقسام الثلاثة.

والنكتة التي تدور عليها هذه المذاهب أن من رأى أن اختلاف البلدان كاختلاف الأسواق لم يقض إلا بعين الشيء المغصوب ولو نُقِل.

ومن رأى ذلك كفوات العين بالكلّية قضى بما قاله **ابن القاسم**.

ومن رأى ذلك كعيب في الذوات المغصوبة خيّره كما قال **أشهب**.

وإذا قلنا بأنه له أن يأخذ عين الشيء المغصوب فقد قيل في مذهب **أشهب** إنه يأخذه ولا كراء عليه ولا نفقة. والمطالبة، إذا أخذ العين، بالكراء والنفقة يجري على القولين فيما أحدثه الغاصب ممّا لا يتميز ولا ينفصل وليس بعين قائمة، كتزويق الحيطان وتبييضها، والسقي والعلاج، فإن المذهب على قولين في المطالبة في النفقة في هذا إذا أخذه صاحبه.

ولو غصب الغاصب هذا الطعام ونقله ثم باعه بعد نقْله، فأراد صاحب الطعام أن يجيز البيع، ويأخذ الثمن، فإنه لا يمكن من ذلك على ما قاله **مالك**. وهذا واضح على أصله لأنه لما أسقط صاحب الطعام حقه في أخذ عينه لم يكن له أن يأخذ ثمن العين إذا بيعت. وأما على الطريقة الأخرى، وهي القول بأن له أن يأخذ عين الطعام، فإنه له أخذ ثمنه. وكذلك منعه **مالك** أن يأخذ طعاماً خلاف الطعام المنقول، ورأى أنه بيع طعام بطعام مؤخَّر، لما كان الحكم عنده تضمينَ الغاصب الطعام بالبلد الذي غصبه فيه. ولو أراد صاحب الشيء المغصوب أن يكلف الغاصب ردّه إلى حيث غصبه لم يكن له في المشهور من المذهب: لكن **المغيرة** ذكر عنه في كتاب **المجموعة**، فيمن غصب خشبة من

عَدَن، وأوصلها إلى جُدّة، وأنفق في ذلك مائة دينار أن لربّها أن يكلّفه ردّها، وله أن يأخذها بعينها. قال: ولو كان نَقلها بوجه شبهة وقيمتها، حيث وصلت، أكثَر من قيمتها في المكان الذي منه نقلت، فإن ربها إذا أراد أخذها كُلِّف أن يدفع إلى حاملها الأقلَّ من كرائها، وما زاد في قيمتها. وفي كتاب **ابن حبيب** فيمن استؤجر على حِمْل ينقله لبلد آخر، فنقل غيرَه غلطاً، أنّ لصاحب الشيء المنقول تضمينَ الناقل وأخذ ما نقله بعد أن يؤدي الكراء عند **ابن القاسم**، ولا يلزمه أن يؤديه عند **أشهب**، ولا يُجبَر الحمالُ أن يردّه إلى المكان الذي منه نقله.

/ **والجواب عن السؤال السادس أن يقال:**

مما يحدثه الغاصب فيما غصبه هبة الشيء المغصوب، فإن مالك الشيء المغصوب إذا وجده في يد الموهوب له، ولم يتغير في سوق ولا بدن، فإن له نقض الهبة، وأخذ عين ماله/ لا شيء له غير ذلك. وقد كنا قدمنا النظر في تخريج في هذا في مسألة بيع الغاصب لما غصبه، فوجده مالكه في يد مشتريه قائماً لم يتغير في بدن ولا سوق.

وحكم الموهوب له في هذا الوجه كحكم المشتري إذا اشترى من الغاصب. لكن لو تغير الشيء الموهوب في يد الموهوب له تغيّراً يوجب القيمة على الغاصب لكان له المطالبة بذلك.

وقد قال **ابن القاسم**، فيمن أعار ثوباً غصبه فلبسه المستعير لباساً يُنقصه به، فإن لصاحب الثوب أن يغرّم الغاصب قيمة العيب الذي أحدثه الموهوب له، ويأخذ عين شيئه ناقصاً. وإن وُجد الغاصب فقيراً كان له أن يأخذ عين شيئه، ويرجع بقيمة النقص على الموهوب له الذي أحدثه.

وقال **أشهب وسحنون**: ليس له تغريم الغاصب ما نقص، وإنما له تضمينه القيمة يوم الغصب يغرم ذلك الغاصب. وهذا بناءً على أصولهما واختيارهما في أن من ملك أن يضمّن العَين فاختار أخذها بعينها فليس له المطالبة بما نقص منها.

ولو وجد مالك الشيء المغصوب ما غصب له قد هلك، بأن يكون طعاماً أكله الموهوب له، أو ثياباً لبسها حتى أبلاها، فإن لربها أن يطالب بالواجب له في ذلك، فإن كان الموهوب له ذلك عالماً بأن الذي وهبه غاصباً[1]، فحكم الرجلين حكم واحد، وهما غريمان لصاحب المال المغصوب، يطلب أيَّهما شاء بعوض ما استُهلك له. وإن كان الموهوب له فعل ذلك ظناً منه أن الواهب وهب له إنما[2] يملكه، فعلى من تكون المطالبة له؟ هذا فيه ثلاثة أقوال: مذهب **ابن القاسم** أن غرامة عوض ما استهلك من ذلك على الواهب، إن كان مليّاً، ولا مرجع للغاصب على الموهوب له بشيء مما غرم، لأنه غرّه وسلّطه على أكل الطعام ولبس الثياب على ألاّ عوض عليه، فكأنه التزم الغرامة عنه لصاحب المال. وإن كان فقيراً رجع على الموهوب له لأنه أتلف مال هذا الطالب غلطاً منه (على ماله)[3] ولم يؤذن له في إتلافه من قبل مالكه، ومن أتلف مال غيره غلطاً فإنّه يغرمه.

وفي كتاب الاستحقاق، لغير **ابن القاسم**، أن الطالب إنما يبدأ بتغريم الموهوب له، لأنه هو المنتفع بالمال./ وقد يكون صونه[4] به ماله فصار لأجل ذلك كالباقي في يديه، وإذا كان كالباقي في يديه، فيه[5] يبرأ من الغرامة.

ومذهب **أشهب** أن الطالب بالخيار، يبدأ بغرامة الغاصب إذا شاء، وإن شاء بدأ بغرامة المتلِف لما وُهب له، كما لو كان الموهوب له عالماً بالغصب وغلطُه لا يدفع عنه وجوب الغرامة عليه. وهو اختيار **ابن المواز** و**سحنون**. ولكن **أشهب** قال: يَطلب الغاصبَ بالقيمة يوم الغصب أو يطلب/ الموهوب له بالقيمة يوم إتلافه ما أتلف.

---

(1) هكذا في النسختين، والصواب: غاصب.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ما.

(3) هكذا في النسختين، والصواب حذفها.

(4) هكذا في النسختين، والصواب: صَانَ.

(5) هكذا في النسختين، والصواب: فَلاَ.

ولو كان قيمة الثوب الملبوس يوم الغصب عشرين ديناراً، وقيمته يوم اللباس ثلاثون ديناراً، فإنه إذا أخذ من الغاصب العشرين ديناراً، التي هي قيمته يوم الغصب، لم يَرجع على الموهوب له بالعشرة التي هي تمام قيمته يوم اللباس، وإن كان أشهب رآهما كغريمين وجبت عليهما الغرامة بأمرين مختلفين، وإذا اختار طلبَ أحدِهما فكأنه أسقط الطلب عن الآخر، وجَعَل لصاحب المال الخيار في طلب من شاء منهما قياساً على حكم المشتري إذا استحق من يده الطعام أو الثياب وقد أفناهما، فإن المستحِق مخيّر بين طلب الغاصب أو المشتري. فكذلك يجب أن يخيّر بين طلب الموهوب له أو الغاصب.

والفرق بينهما عند **ابن القاسم** وغيره أن المشتري إذا ابتدأ[1] الطالب بغرامة كان له مرجع على من باع منه، فلا يلحقه كبير ضرر. والموهوب له إذا بدأ[2] الطالب بغرامته، فلا مرجع له على أحد، وقد أتلف ما أتلف مع اعتقاده ألاّ غرامة عليه فيه، فيلحقه من الرجوع عليه الضرر الشديد. فرأى أن البداية بالغاصب لكونه هو المسلِّطَ للموهوب له على إتلاف هذا المال، فكأنه أتلفه بيده. ورأى غيره أن البداية على الموهوب لأنه هو المنتفع بالإتلاف، ولا منفعة للغاصب في ذلك. ولو كانت قيمةُ ما أتلف يوم الغصب، ويومَ سلّمه الموهوب، ويوم الاتلاف، متساويةً، وأراد المستحق للطلب أن يبدأ بغرامة الغاصب، لم يُختلف في ذلك إذ له أن يرفع عنه المطالبة بما يجب عليه من حكم التسليط على الإتلاف، ويأخذه بمجرد الغصب، فتكون القيمة يوم الغصب. وهذا حكم إتلاف الهبة وواهبُها غاصب.

ولو كان واهبها غير غاصب ثم استحقت فإن قول **ابن القاسم** في ذلك برى[3] على ما ذكره **ابن عبدوس** في **المجموعة** ألا طلب على الواهب لأنه وهب

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: افْتدَى.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فدَى.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: جرى.

هبة تجوز له. ورأى في **المدونة** في كتاب الاستحقاق/ فيمن حابى في كراء ما ورثه، وهو يظن أنه انفرد بالوراثة، فطرأ أخ له لم يعلم به، فإن الأخ الطارئ يبدأ بالمطالبة بالمحاباة بأخيه. فإن كان فقيراً فحينئذٍ يرجع على المكتري. وذكر عن غيره أنه لا يرجع[1] له على أخيه إذا لم يكن قد علم.

وقد اضطرب الأشياخ في تحصيل المذهب إذا كان الواهب ليس بغاصب، الشيخ **أبو محمد** وغيره يشيرون إلى أنه لا يختلف وأن[2] المرجع إنما يكون على الموهوب له المنتفع. وقد يتأول قولُه في **المدونة** في الوارث إذا طرأ له أخ وقد حابى في الكراء، قوله: يرجع على أخيه، علم أو لم يعلم، أنه/ أراد بالكراء الذي أخذ.

من[3] الأشياخ من يشير إلى أن الوارث يرجع عليه بالمحاباة، وأن **ابن عبدوس** إنما ذكر عن **ابن القاسم** ما ذكرناه في مشترٍ اشترى ثوباً فوهبه. والمشترى بخلاف الوارث لكونه قد دفع فيما وهبه مالاً، والمشتري ضامن، والوارث لم يدفع مالاً، وقد يتهم في أنه عالم فيصير كالغاصب، ولا يتهم المشتري لكونه دفع مالاً.

وطرد هؤلاء هذا في هدم الوارث الدارَ ورثها، أو هدمها المشتري، فيكون المشتري غير مطالَب بالهدم. وهذه التفرقة يرد بها ظاهر ما وقع في كتاب القسم من **المدونة** في الموصَى له بالثلث، إذا قسمت التركة، فوقع استحقاق بعضها، فوجد الدار في يد الورثة مهدومة، أنه لا يرجع عليهم بالهدم.

وهذا كله اضطراب، والتحقيق أن ذلك كلّه جار على الخلاف في من أخطأ على مال غيره، وقد تقدم ذكره. ولو كان الغاصب قد أكرى الدابة من رجل فعطبت تحته، فإنه لا يغرم قيمتَها، على ما ذكره في **المدونة** من كتاب

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: مرجِع.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب حذف الواو.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة الواو.

العارية، وفي **الموازية**. وقد ذكر **ابن المواز** أنه يجب أن يغرم، قياساً على قوله في رجل استأجر رجلاً يبلّغ له كتاباً إلى بلد، وهو يظن أنه حرّ، فإذا به عبد، وعطب في سفره، فإنه يضمن العبد.

قال **ابن المواز**: لا فرق بين السؤالين. وفرق بينهما الأشياخ بأن العبد إذا حيل[1] سيده في الغرامة على عبده لم يُفِدْه ذلك. فصارت الإجارة كالهبة هاهنا، والهبة يُرجع بها على الواهب، وأما عطب الدابّة تحت من اكتراها من الغاصب فإنا إذا أسقطنا الغرامة عن الراكب كان لصاحب الدابة مرجع على آخر وهو الغالب[2] فلم يبطل حقه بالكلية.

والجواب عن السؤال السابع[3] أن يقال:

إذا أحدث الغاصب فيما غصبه تفرّق اتصال كسوارين/ غصبهما فكسرهما، فإن في ذلك اختلافاً في المذهب:

ففي **المدونة** يغرم قيمتهما، وفيها أيضاً: يغرم ما نقص. وفيها أيضاً: قيمة الصياغة. هذه الأقوال مترددة بين كتاب الرهن وكتاب الغصب وروي أنه يصوغهما له.

وسبب هذا الاختلاف ما كنا قدمناه من الاختلاف في صنائع المخلوقين: هل تتماثل وتلحق في تماثلها بتماثل المكيلات والموزونات، أو لا تتماثل وتجري مجرى العروض؟ ويلتفت فيها أيضاً إلى أصل آخر: هل يُغلَّب حكم الصناعة على الشيء المصنوع أو يغلب الشيء المصنوع؟ فإن قلنا: إن صنعة المخلوقين تتماثل، وحكما يغلب على حكم ما علمت[4] فيه الصنعة، وجب القضاء عليه بسوارين صحيحين. وإن قلنا: إنها لا تتماثل، والصنعة مغلبة على

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أحيل.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الغاصب.
(3) هو الجواب عن السؤال السادس في تعداد الأسئلة.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: عملت.

ذات المصنوع، وجب فيها/ القيمة. وإن قلنا: إن صناعة المخلوق لا تتماثل، ولا تغلب على الذات المصنوعة، كان الواجب في ذلك ما نقص.

وكذلك الحكم في دار غصبها الغاصب فهدمها، فإن **ابن المواز** قال: لصاحب الدار أن يغرم الغارم[1] قيمتها يوم الغصب، ويسلمها له على ما هي عليه من هدم، وله أن يأخذ ما وجد منها على ما هو عليه. وهذا منه بناءً على ما اختاره من الخلاف الذي وقع بين **ابن القاسم** **وأشهب** فيمن غصب شيئاً فحدث فيه عيب ينقصه أن ربّه إن اختار أخذ العين والعدول عن القيمة فإنه لا يطالب بقيمة النقص الحادث لكونه ملك تضمين قيمة الجملة. وعلى الطريقة الأخرى وهي مذهب **ابن القاسم** أنه إن اختار أخذ عين الدار على ما هي عليه كان له المطالبة بقيمة الهدم.

وزاد بعض أشياخي على هذا أنّ له أنْ يغرمه قيمة الدار صحيحة وتعتبر القيمة يوم هدمها. وهذا منه تخريج على أحد قولي **ابن القاسم** فيمن غصب عبداً ثم قتله: إن لسيده أن يرفع عليه حكم الغصب ويطالبه بحكم التعدي وهي قيمة العبد يوم القتل.

وقد كنا نبهنا على ما في هذا من التخريج فيما سلف وإن بقاء العين مع نقص فيها بخلاف تلف العين كلها حتى لا يبقى لمالكها غرض يشح عليه ويتمسك به. وكذلك أيضاً أضاف إلى هذا التخيير في وجهين آخرين وهما مطالبة الغاصب الهادم بقيمة الجدار المهدوم قائماً، على أن حجارَهُ تبقى على ملك الغاصب، يتصرف بها، أو يطالبه بقيمة/ التلفيق في الحجار، وهو مقدار ما أتلف عليه، ومنفق[2] الأنقاض لمالك الدار. وهذا منه بناء على أن القاعة، لربها أن يختار أخذها بعينها ويطالب بحكم الفساد في الجدار خاصة، ويصيرُ كغاصب سلعتين أبقى إحداهما على الحالة التي غصبها عليها، وأفسد السلعة

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الغاصب.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: تبقى.

الأخرى، فإنه يعطى لكل سلعة حكمُ نفسها: فيُخَصّ الجدار بتميكنه منه، إذا اختار ذلك، ويطلب في الفساد الواجبَ فيه: إما قيمتَه كلها، وهو تقويمه قائماً على أن الحجارة تبقى للغاصب، أو يختار أخذ الحجار ويطلبه بالنقص الذي أحدثه فيها وهو الهدم. وهذا أيضاً إنما يصح له وإن[1] قدر الجدار كسلعة أخرى، على طريقة **ابن القاسم** في أن من ملك تضمين الغاصب قيمة جملة ما غصب لنقص حدث فيه، فإنه إذا عدل عن ذلك، واختار الذي فسد، فإن له مع ذلك المطالبة بما نقص وهو التلفيق الذي نقص.

والجواب عن السؤال الثامن[2] أن يقال:

لو غصب الغاصب سوارين وكسرهما/ ثم أعادهما على حالهما، فأراد ربهما أخذهما، ففي ذلك قولان:

أحدهما: منعه من ذلك، وصرفه إلى أخذ قيمتهما.

والقول الآخر: إن له أخذهما ولا غرامة عليه.

فمن ذهب إلى منعه من أخذهما يقدّر أن الإعادة للصنعة لا تتماثل، وقضى بالقيمة لكون السوارين تجري مجرى العروض، فإنه ليس له أن يجبر الغاصب على أن يأخذ منه عوض القيمة الواجبة عليه من هذين السوارين.

وإن قلنا: إن صنعة المخلوقين تتماثل، وتجب عليه إعادة الصناعة، فكذلك فعل. وإذا فعل الواجب على هذا القول لم يطلبه صاحب السوارين بغير ذلك.

وإذا غصب داراً فهدمها ثم أعادها بنقضها على هيئة ما كانت، فإن شيخنا جرى على الأصل، الذي قدمناه عنه، في أن لصاحب الدار أن يغرم الهادم

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب. حذف الواو.

(2) جَواب عن سؤال لم يذكر في تعداد الأسئلة. ويمكن أن يصاغ: ما حكم من غصب شيئاً وتصرف فيه ثم أعاده على حاله؟

المغيّر للبناء قيمة الدار يوم غصبها أو يوم هدمها، على التخريج الذي ذكرناه عنه، أو يغرم الغاصب قيمة الجدار صحيحاً، ويعطيه هو قيمة الحجار منقوضة، إذ الغاصب لم يفعل أكثر من تلفيق، وهؤلاء[1] مطالبة له بالتلفيق، مثل التزويق، كما قدمناه، أو يطالبه بحكم ما أفسده عليه خاصة، وهو التلفيق لا أكثر من ذلك، لكون الحجار التي نُقضت إن اختار صاحبها تغريم الغاصب قيمتها قائمة كانت له فأراد[2] أن ينقضها منعه رب الدار من ذلك، ، كرجل بنى في أرض غيره تعدّياً، فإنه له قيمة النقض، إذا اختار رب الأرض/ التمسك بها، وله أن لا يملّكه الحجار ويبقيَها على ملكه، ويطلبه بما أفسد فيها وليس إلا التلفيق.

وقد قال **ابن القاسم** في هذا: يطلبه بقيمة ما هدم مبنياً، ويعطي هو الغاصبَ قيمة الحجارة منقوضة. وهذا أحد الأقسام التي ذكرناها.

وجرى **ابن المواز** على أصله فقال: (يأخذ من الغاصب قيمة ما هدمه منقوضاً، ويعطي هو الغاصبَ قيمة النقض الذي أعاده الغاصب منقوضاً يوم المحاكمة فيه)[3]. وهذا أيضاً من الأقسام التي ذكرنا.

وبنى **ابن المواز** على أصله في أن من ملك تضمين الجملة فليس له أن يأخذها وقيمة ما انتقص منها، وهذا قد ملك أن يضمّن الغاصب جميع قيمة الدار، فإذا عدل عن ذلك وطلب أخذ عينها فلا مطالبة له بما نقص.

ومما يلحق بما نحن فيه من إفساد الغاصب ثم تلافيه لما أفسد، مسألة من اكترى دابة فتعدّى بزيادة على ما اكتراه، في زمن أو مسافة أو حمل، فإنه إذا اكتراها أياماً معلومة محدودة، فحبسها بعد انقضاء الأجل، ثم ردها لربها سالمة، فقد سقط عنه الضمان لتلافيه تعدّيَه وردّها إلى صاحبها سالمة. ولكن

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وَهُوَ لاَ. . . .
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فإن أراد.
(3) هكذا في النسختين.

لو كان حبسها أياماً كثيرة كالشهر ونحوه، على ما وقع في بعض الروايات، أو يُحَدّ/ الأمد بكونه مما تختلف فيه الأسواق، على ما وقع في رواية أخرى، فإنه يضمن قيمتها وإن ردّها سالمة. وهذا لِأجْل كونه حبسها على أسواقها، ومنع ربها من المنفعة بها. وخص في **المدونة** هذا الحكم بتعدي المكتري والمستعير، ولم يذكر ذلك في الغاصب إذا ردها بعد زمن كثير وهي سالمة، فإنه قال: لا تلزمه غرامة القيمة.

واحتج **ابن القاسم** إلى إلزام الغاصب الغرامة، ولكنه لم يلتزم ذلك كراهة في مخالفة **مالك**.

والفرق عند **مالك** بين الغاصب والمكتري أن مقصود الغاصب ملك الرقبة لا تملّك المنفعة، فلم يضمَّن القيمة بحرمان ربها منفعتها، ومقصود المكتري والمستعير غصب المنفعة، ومن جملة المنافع بيعها إذا شاء ربها، وقد منعه، بحبسها، من هذه المنفعة، وهي مقصودة، فضمن ما منعه من ذلك. كذلك لو تعدى المكتري على الدابة في المسافة فإن المعتبر، في تضمينه قيمتها إذا ردّها سالمة، ما اعتبرناه في تعديه في الزمان. فإن تعدّى مسافة طويلة منع بذلك ربها من أسواقها،/ ضمن قيمتها إذا شاء ربّها. وإن تعدى مسافة يسيرة لم يكن لربها أن يُضمِّنه القيمة إذا ردّها سالمة، والعلة في تعدي المسافة، إذا كثر وبعد، كالعلة في تعدي الزمان إذا طال وكثر.

ولو غصب الدابة في أمد التعدي، فإنه يضمن قيمتها طال زمن التعدي أو قصر. وكذلك إذا طالت مسافة التعدي، أو قلّت حتى يولغ[1] في ذلك، فقيل: ولو تعدى بها خطوة. وخولف بين تعدي المسافة المحدودة أو الزمن المحدود، إذا وقع الغصب في أمد التعدي، بينه وبين التعدي في زيادة الحمل المشروط، فقيل: إذا اكترى دابة ليحمل عليها عشرة أقفزة، فحمل أحد عشر قفيزاً، فإنه يعتبر مقدار ما زاد، فإن كان يعطب في مثله ضمن قيمتها، وإن كان لا يعطب

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يوغل.

في مثله لم يضمن القيمة. وذكر لي شيخنا رحمه الله عن بعض أشياخه أنه كان يفرّق بين التعدي بالزيادة في مقدار الحمل، والزيادة في المسافة أو الزمن: مجاوزة الزمن المشترط في الكراء تعدٍّ محض لا شبهة فيه ولا إذن يخالطه، فلهذا استوى قليله وكثيره، والزيادة في الحمل لم يتمحّض فيها التعدي، بل امتزج مع الاذن بالدابة. فالدابة المحمول عليها أحد عشر قفيراً مأذون في تَسْييرها بشرط أن يكون عليها عشرة قفيزاً[1]، فوجب لأجل امتزاج التعدي بالإذن بين أن تكون الزيادة مُهلِكة أو غير مهلِكة.

وهذا وإن كان قد يستحسن تصوره فإن شيخنا الذي حكاه لنا كان لا يراه فرقاً واضحاً، ويرى أن السير بزيادة الحمل/ تعدٍّ محضٌ، لم يؤذن فيه إلا بشرط، وإذا فقد الشرط صار السير تعدّياً محضاً، فأشبه تعديَ المسافة، وتعدي الزمن.

ولو كان العطب وقع بعد أن رُدَّت الدابة إلى المكان الذي دخل في عقد الكراء، فإنه إن كان التعدي في المسافة كثيراً، تلزم فيه القيمة، فلا تسقط القيمة ردها[2] إلى موضع الاذن، لتقرر القيمة في الذمة قبل وجود الرد إلى الموضع المأذون فيه. وإن كان تعدي المسافة يسيراً بحيث لا تلزم فيه القيمة، ففيه اختلاف في المذهب.

وإلزامنا القيمة فيما ذكرناه من هذه الأقسام إنما ذلك إذا اختار رب الدابة التضمين للرقبة. وأما إن اختار طلب قيمة المنفعة التي وقع الغصب عليها، فإن له ذلك: يأخذ الكراءَ الأوّل الذي سمياه، ويكون له فيما زاد عليه مما وقع التعدي فيه في المسافة كراءُ المثل عند **ابن القاسم**، وعند غيره إنما يكون له طلب كراء المثل إذا كان رب الدابة غائباً أيام حبَسها المكتري، فيكون له الأكثر من قيمة كراء أيام الحبس، إن كانت مستخدَمة فيها، وبنسبة ما وقع به عقد الكراء الذي لا تعدي فيه، لأجل أنه قد يقع في الكراء الأوّل مغابنة رضي بها فلا

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: عشرة أقفزة.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بِردّها.

تلزمه المغابنة فيما لم يرض به، وهو إمساكها أياماً لم يؤذن له أن يمسكها فيها. وأما إذا كانا حاضرين جميعاً فذلك رضىً منهما بالتزام الكراء على نسبة ما كان. وسبنسط الكلام على هذا في كتاب الأكرية إن شاء الله تعالى، ونذكر مذهب أبي حنيفة الذي لا يوجب في أصل المنافع أجرة.

والجواب عن السؤال التاسع[1] **أن يقال:**

إذا غصب إنسان حجراً أو خشبة فبنى على ما غصب من ذلك بناءً، فهل ذلك كفوت العين، تلزم فيه الغاصبَ القيمةُ، أوليس كفوت العين، لمالك الحجر أو الخشبة انتزاعها من بناء الغاصب؟ هذا مما اختلف الناس فيه:

فالمشهور من مذهبنا أن لمالك الحجر أو الخشبة انتزاعها من بناء الغاصب، وإن أدّى نزعها إلى فساد بناء الغاصب وانهدامه. هكذا روي عن **مالك** رضي الله عنه. وقال **ابن القاسم** في **الموازية**: يهدم بناء الغاصب ولو كان بناؤه قصوراً.

واختلف النقل عن **أشهب**: ففي **النوادر** أن **مالكاً**، رضي الله عنه، مكن صاحب الحجر أو الخشبة من هدم بناء الغاصب، وقاله **أشهب**. وقال: إن هذا بخلاف من غصب خشبة فصنعها باباً، فإن هذا لا يُمْكِنُ أن يعاد لهيئته.

وحكي عنه في غير **النوادر** أنه يرى وجوب القيمة على الباني، ولا يهدم بناؤه. وقد نقل عنه هذا **ابن حارث** في كتابه، ولكن زاد في نقله أن **ابن القاسم** **وأشهب** اتفقا على أن البناء المعتمد/ على الحجر المغصوب يقلع. وإنما اختلفا فيما انتشر عن هذا البناء، وخرج عن اعتماده على الحجر المغصوب، هل يهدم أم لا؟ فقال: إن **ابن القاسم** قال قولاً مجملاً أنه يهدم. . وقال **أشهب**: إذا كان لا سبيل إلى انتزاع الحجر المغصوب إلا بهدم جميع البناء فإنه تجب فيه القيمة لصاحب الحجر.

---

(1) هذا السؤال رقمه في تعداد الأسئلة السؤال السابع.

وهذا الذي نقله **ابن حارث** لا أعرفه في المذهب، ولم ينقله فيما علمت غيره من المصنفين، وإنما المشهور في سائر الدواوين ذكر الخلاف عندنا في هدم بناء الغاصب،/ قولاً مطلقاً عاماً فيما بُنِيَ، معتمداً على الحجر المغصوب أو لم يكن معتمداً عليه، لكن[1] لا سبيل إلى نزعه إلا بهدمه، فاختلف النقل في ذلك عن **أشهب**، كما ذكرناه، وما أدري أين وقف **ابن حارث** على هذا التفصيل و(لكنه لا أنكر)[2] هذا التفصيل أن يكون مذهباً، لأن **الكرخي** نقل عن **أبي حنيفة** أنه يرى عدم[3] ما اعتمد على الحجر المغصوب. وأمّا ما كان مبنياً بجوانبه أو متصلاً به فلا يرى **أبو حنيفة** هدمه، بل يوجب فيه القيمة.

وهذا التفصيل الذي حكاه **الكرخي** عن **أبي حنيفة** هو نفس التفصيل الذي حكاه **ابن حارث** عن أصحاب **مالك**.

والمشهور من مذهب **أبي حنيفة**، وهو المذكور في مسائل الخلاف بين أصحاب **الشافعي** وبين أصحاب **أبي حنيفة**، أن **محمد بن الحسن** ذكر عن **أبي حنيفة** أن بناء الغاصب لا يهدم إذا لحقه الضرر بهدمه، قولاً مطلقاً، وتجب القيمة على غاصب الحجر.

وقال **ابن القصار**: هذا هو قياس أصل **أبي حنيفة**، لأنه يرى أن من غصب أشجاراً صغاراً فغرسها في أرض نفسه وثبتت فإنه ليس له قلعها، بل يأخذ قيمتها للضرر لصاحب الأرض. قال: وعندنا وعند **الشافعي** أن لصاحبها أخذها. وقال: يخيّر إذا كان صاحبها إذا أخذها ثبتت. وسيرد كلامنا على هذه الغروس التي ذكرناها.

وأما **الشافعي** فمذهبه كمذهب **مالك** في هدم بناء الغاصب إذا كان لا سبيل إلى انتزاع الحجر المغصوب إلا بهدمه.

---

(1) المعنى على أنه: لكن [لو كان] لا سبيل. . . .

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لكن لا أُنكر.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: هدْم.

وإذا قلنا بهدم بناء الغاصب فهل ذلك هو الحكم المتعين، أو يضاف إلى ذلك أن من حق صاحب الحجر ألاّ يهدم بناء الغاصب، ويطلبه بقيمة حجره؟ هذا أيضاً مما وقع فيه اضطراب:

قال بعض الأشياخ: ظاهر **المدونة** أن هدم البناء لا يتعين، ولصاحب الحجر المغصوبة أن يطالب الغاصب بقيمتها ولا يهدم بناءه، وتعلق في هذا بأنه لما ذكر في **المدونة** بناء غاصب الحجر عليه، أن لصاحبه هدم البناء، وليس ذلك على من غصب ثوباً، وجعله طهارة[1] لجبة، أن له أن ينتزع الثوب/ المغصوب، ويفتقه وإن شاء تركه، وأخذ قيمته.

وهكذا حكى بعض أصحاب مسائل الخلاف عن المتأخرين من أصحاب **أبي حنيفة** أنهم يرون أن صاحب الحجر المغصوب إذا رضي بأخذ القيمة/ جُبِر الغاصب عليها، ولا يخلّصه من ذلك أن يقول: أنا أرضى بهدم بنائي لتأخذ عين ما غصبتك إياه، اعتماداً منهم على أن رضاه بذلك من تضييع المال وإفساده، والإنسان محرم عليه إضاعة ماله. وحكي عن المتقدمين من أصحاب **أبي حنيفة** أنهم يَرَوْنْ خلاف ذلك وأن الغاصب إذا رضي بهدم بنائه لم يمكَّن صاحب الحجر المغصوب من تغريمه قيمته.

وأعلا[2] بعض أصحاب **الشافعية** حتى نسب المانعين للغاصب من رضاه بهدم ما بناه خلافاً لأصول الشريعة، وهم على رد الإجماع.

وليس الأمر كما ظن من الإجماع على هذا، وقد كان شيخيَّ[3] **أبو محمد عبد الحميد** و**أبو الحسن** المعروف **باللخمي** رحمهما الله يميلون إلى منع الغاصب من هدم بنائه لأنه نوع من إضاعة المال لا تجوز.

وأما **ابن القصار**، من أصحابنا، فإنه ذهب إلى خلاف ما ذهب إليه

---

(1) هكذا في النسختين، والصواب: ظهارة.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وَغَلا.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: شَيْخَايَ.

شيخاي، رحمهما الله، ورأى أن الغاصب إذا رضي بهدم بنائه لم تلزمه غرامة القيمة بأن غرامة القيمة للحجر موقوفة عن رضى صاحب الحجر والغاصب الذي بنى عليها. وسبب الاختلاف في تمكين صاحب الحجر من هدم ما بناه الغاصب عليها المنازعة في ظواهر وقعت في الكتاب وفي السنة.

فأما الكتاب، فقال أصحاب أبي حنيفة: ﴿**فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم**﴾[1] وظاهر هذا يقتضي أن لا يعتدوا على غاصب هذا الحجر بردها بعينها وإفساد بنائه، لأن ذلك ليس بمثل له، فدل على أن الواجب قيمته التي هي عوض مثله.

وأجيبوا عن ذلك بأن هذه الآية نزلت في الجناية على النفوس والأبدان، فحكمها مقصور عليهما. وأيضاً فإن غاصب الحجر لو أخذه من بناء هدمه على صاحبه ورده إلى ملكه، وبنى عليه مثل ما هدمه على مالكه، لصحّ هاهنا أن يقضى بالأمثال في هذا، لأنه يهدم عليه مثل ما هدمه هو على صاحب الحجر، وهو يقول في هذا: لا يهدم على الغاصب وإن هدم بناء غيره بسبب هذا الحجر، فلم يقض بالمثل.

واحتج أصحابه/ بقوله عليه السلام «**لا ضرر ولا ضرار في الإسلام**»[2]/ ومن الإضرار فساد بناء الغاصب وإتلاف ماله.

وهذا أجيبوا عنه بأن منع صاحب الحجر من أخذ حجره إضرار به أيضاً، ولا سبيل إلى الإضرار.

فيقولون هم: تجب المساواة بين الضررين، فالإضرار بهدم بناء الغاصب يقع ولا عوض للغاصب عنه، والحجر إذا مُنع منها صاحبها أخذ قيمتها، فشتان بين ضررين: أحدهما يؤخذ عنه عوض والآخر (عنه عوض عنه)[3].

---

(1) البقرة: 194.

(2) سبق تخريجه.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لا عوض عنه.

وأصحابنا وأصحاب **الشافعي** لم يسلموا لهم هذا الترجيح الذي وقع (بين الموازية)[1] بين الضررين، بل قالوا: لو[2] جبر رجل على أن يبيع ماله ويأخذ عوضه أشدُّ الضرر، وقد يكون له غرض في عين ملكه (محله)[3] أو لكونه لا يمكنه أن يشتري بالقيمة التي يعطاها عوضاً عنه مثل حجره أو خشبته التي غصبت له. ويرجح أصحابنا هذا بأن الظالم أحقّ أن يحمل عليه.

وهذا عندي هي النكتة التي تدور عليها هذه المسألة، وإليه كان يذهب شيخي **أبو محمد عبد الحميد**، رحمه الله، ولا يقول قولاً مطلقاً بما قاله **مالك والشافعي** من هدم بناء الغاصب، ولا بما قاله **أبو حنيفة** من[4] هدم بنائه، بل يرى أن كل نازلة حكمها، فما اتضح فيه الضرر بهدم البناء أشد من تغريم الغاصب قيمة الحجر لم يهدم عليه البناء، وما كان تغريم القيمة فيه أشد على صاحبه في الإضرار به كان تغريم القيمة أوْلى من هدم بناء الغاصب، وما تساوى فيه الضرر، أو أشكل أمره، رُجِّح جانب صاحب الحجر في تمكينه من أخذ عينها، لكون الظالم أحق أن يحمل عليه. وهكذا كان يرى في كل شيء أخذه الغاصب فأضاف إليه شيئاً آخر فإنه يغلّب فيه أحد الضررين على نحو ما ذكرناه.

ومما يرجح به جانب صاحب الحَجر قوله تعالى: **﴿إنما السبيل على الذين يظلمون الناس﴾**[5] وغاصب هذا الحجر ظالم.

وعموم الأحاديث تقتضي تمكين صاحب هذا الحجر من قلعه وإن فسد بناء الغاصب. من ذلك قوله ﷺ: **«على اليد ما أخذت حتى تؤدي»**[6] وفي

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: في الموازنة.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: في.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حذفها.

(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: من [عدم] هدم.

(5) الشورى: 42.

(6) تحفة الأشراف: 3:584. حد. 4584.

غاصب، وهو لا يعلم بكونها مغصوبة، فإنه لا يُهدَم بناؤه. وقيس على ذلك بناء الغاصب، لاستواء الخطأ والعمد في إتلاف أموال الناس.

وهذا الذي قاله، وإن كان هو مذهب **مالك** على ما نقله **القاضي أبو الفرج** عنه في **الحاوي**، وهو مذهب الجماعة الذين ذكرنا اختلافهم، فإنهم لا متعلقاً[1] لهم فيه، لأن الغصب[2] بنى الحجر ظلماً وعدواناً على ملك غيره، والملك يُحترَم لمالكه، وهذا الغاصب قد أسقط حرمة ماله ببنائه على **ما** لا يحلّ له أن يبني عليه. . والذي بنى على خشبة اشتراها غيرُ ظالم في بنائه، ولماله حرمة لم يهتكْها، فلا تهتك عليه بالشرع، بخلاف الغاصب الذي هتك حرمة ماله فلا يصونه الشرع عليه.

ومما استدلوا به أيضاً أن من غصب عبداً فأبق وهو في يديه، فإنه يحكم عليه بقيمته، وما ذلك إلا لتعذر رده، وخسارة في طلبه وتحصيله، وربما كان **ما** يحسن[3] الغاصب في هدم بنائه أضعاف ما يخسره فيما ينفقه في طلب الآبق.

وهذا أيضاً لا مستَروح لهم فيه، لأن الحجر المبني عليه حاضر مروي[4] يتمكّن من ردها إلى صاحبها، ولهذا يجوز بيعها إذا لم يكن فيها خصام، وأمكن تسليمها على ما هي عليه، والعبد الآبق غير مقدور عليه الآن ولا يجوز بيعه. وقد قال بعض الناس: لو أمكن الغاصبَ ارتجاعُه بنفقة كثيرة لم يجبر على ذلك، بل يكون الحكم إغرامه بقيمة العبد.

وهذا يقتضي أنه في معنى الهالك. وإن كان بعض الناس رأى أن من حق صاحب العبد أن يطلب الغاصبَ باسترجاعه وإن خسر في ذلك مالاً، ولم يلتفت في هذا إلى قلة الخسارة أو كثرتها.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: مُتَعلَّقَ.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الغاصب.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يخسر.

(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: مرْئِيّ.

ومما/ استدلوا به أيضاً أن من غصب خيطاً فخاط به جرحَ بهيمة، فإنه يقضى له بالقيمة، ولا يقضى لصاحب الخيط بانتزاعه من الجرح. وقد ناظر **محمد بن الحسن الشافعيَّ** في هذه المسألة، واستدل عليه **الشافعي**. لما معناه أن غاصب هذا الحجر لو طلب أخذه من صاحبه/ لحاجة إليه لم يجبر صاحبه على ذلك. فإذا لم يجبر على تسليم ملكه ابتداء فكذلك لا يجبر على تسليمه انتهاء، وهو بعد البناء عليه، بخلاف الجرح فإنه قد يجبر على تسليم خيط يخاط به الجرح لحرمة الحيوان. فكذلك لا يجبر على نزعه انتهاء بعد أن خيِّط به الجرح. وسلم له **محمد بن الحسن** ما قاله في أنه لا يجبر على تسليم الخيط الذي خاط به الجرح. والمتأخرون من أصحاب **أبي حنيفة** لا يسلمون هذا.

ونحن نتكلم على ما تعرف منه سبب الخلاف في هذا، وافتراق الأموال في تفاوت الحُرَم. ونقرر قبل الخوض في هذا التنبيه على أن من غصب لوْحاً فأدخله في سفينته حتى صار في انْتشائها كجزء من أجزائها، فإن الحكم فيه، من ذكر خلاف ووفاق، كما قدمناه في حكم من غصب خشبة فبنى عليها، فإن مذهبنا ومذهب **الشافعي** كون صاحب الخشبة المبني عليها يستحق قلعها وكذلك يستحق صاحب هذا اللوح أن يقلعه من السفينة. ولكن حكم هذا اللوح يختص بحكمٍ لا يختص بمثله الحجر والخشبة المبني عليها، لأن هدم الحجر والخشبة المبني عليها لا يتعلق به من الإتلاف أكثر من إتلاف بناء الغاصب، وبناء الغاصب لا حرمة له، كما قدمناه، ولكن السفينة قد يؤدي قلع هذا اللوح منها إلى إتلاف ما فيها، وقد يكون فيها حيوان، إنساني أو بهيمي، أو أموال. فإن كان قلع هذا اللوح يمكن من غير إتلاف مال فيها، مثل أن يطلب ذلك رب اللوح، وهو على البر أو شاطئ البحر، فإنه يمكّن من قلع اللوح، وإن فسد نظْم ألواح السفينة، كما يمكنه من قلع الحجر وإن فسد ما بنى عليها. وأما إن كانت في لجة البحر، واللوح بموضع منها إن قلع غرقت وغرق ما فيها، فإنه إن كان فيها حيوان آدمي لم يمكن من القلع لكون ذلك إن مكن منه تضمن هلاك من فيها من رجال أو نساء، وكذلك إن كان فيها حيوان بهيمي فإن له حرمة أيضاً

تمنع من إهلاكه سواء كان للغاصب أو لغيره من الناس. وإن كان ما فيها من الوسق مال، عروض أو عين، ولا يخشى من قلع/ اللوح هلاك أرواح، فإنه يعتبر هذا المال، فإن كان لغير الغاصب لم يقلع هذا اللوح، مثل ما قدمناه فيمن اشترى حجراً فبنى عليه، وهو لا يعلم كونه مغصوباً، فإنه لا يُهدَم بناؤه لكونه غير متعد في البناء، وكذلك المال الذي في السفينة إذا كان لغير الغاصب فله حرمة من جهة مالكه الذي لم يظلم ولا تعدى في حمله هذه السفينة، فلا يجوز أن يتلف ذلك عليه.

وأما إن كان ما فيها من الوسق من مال الغاصب، وهو عروض، فإن الأكثر ذهبوا إلى أنه لا يمنع صاحب اللوح من قلعه/ من هذه السفينة، وإن إذا[1] ذلك لهلاك مال الغاصب، لأن الغاصب لا حرمة لماله الذي منع به مال الغير، وهو الذي هتك حرمة ماله، فلا يَمنع ذلك من تمكين صاحب اللوح من نزعه من هذه السفينة وإن تلف مال الغاصب، كما لم يمنع كون الحجر المغصوب يمكن منها صاحبها وإن فسد بناء الغاصب الذي بناه عليها، وهذه طريقة بعض الحذاق من أصحابنا **كابن القصار** **وأبي حامد الاسفراييني** من أصحاب **الشافعي**. ومن أصحاب **الشافعي** من منع نزع هذا اللوح من السفينة إذا أدى إلى إتلاف مال الغاصب. ويفرق من ذهب إلى هذا بين تمكينه من قلع الحجر التي بنى عليها الغاصب وبين منعه من التمكين من نزع هذا اللوح الذي يتلف مال الغاصب، أن الحجر لا يتصور في العقل نزعه إلا بإتلاف بناء الغاصب، إذا كان البناء عليها لا يمكن تعليقه عنها حتى تنزع وحدها، وأما اللوح المغصوب فإنه يمكن نزعه من غير إتلاف مال الغاصب، بأن يؤمر صاحب اللوح بأن يبقى الطلب حتى تصل السفينة إلى المدينة التي أقلعت إليها. فلما كان لهذا الذي هو صيانة مال الغاصب أمد يُنتَظَر، لم يمكن من القلع. ولما كان

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أدّى.

لا أمد يُنتَظر لصيانة بناء الغاصب وجب قلع الحجر في الحال.

وهذا فرق يتصور، ولكن إن راعيت الضرر في الانتظار إلى وصول السفينة لم يسلم هذا الفرق. ولكن يجب أن تعلم أن كل موضع قلنا فيه: إن قلع اللوح لا يجب، فإن لصاحب[1] الطلب بقيمته لأجل ضرر الانتظار، ومع هذا له الخيار في التزام هذا الضرر وترك الطلب بالقيمة حتى يأتي الأمد الذي يمكن نزع هذا اللوح فيه، كما لو غصب رجل عبداً فأبق في يده، فإن صاحبه بالخيار بين أن يغرمه القيمة، لأن[2] فيما يلحقه من الضرر في انتظار عودة/ الآبق، وله أن يتحمل مشقة هذا الضرر، وينتظر الآبق حتى يعود إليه.

واعلم أنّا قدمنا الكلام في مسألة من غصب خيطاً فخاط به جرحاً، ثم أتى صاحبه فطلب نزع الخيط. وهي مسألة كثر الاضطراب فيها، ونحن نذكر لك المقدمة التي وعدناك بالتنبيه عليها في صدر هذه المسألة.

وذلك أن الأموال تختلف مقادير جُرَمها في القوة والضعف. فالأموال التي هي جمادات، كالدنانير والعروض، لا حرمة لها في نفسها، وإنما تكتسب حرمة من جهة حق مالكها. وأما الحيوانات فإن لها حرمة من جهة مالكها كالجمادات، ولها حرمة في نفسها وهي حرمة الأرواح، فقد صار لجنس من الأموال حرمة واحدة وهو الجمادات، وللحيوانات حرمتان: إحداهما من جهة مالكها والثانية من جهة نفسها. وهذه الحرمة الثانية هي حرمة/ راجعة إلى نفس المحترمَ تختلف أيضاً بالقوة والضعف، فليست حرمة نفوس بني آدم كحرمة البهائم، ألا ترى أن من جبره السلطان على قتل رجل مسلم، لا ذنب له يستباح به دمه، وتوعّده بأنه إن لم يقتله قتله السلطان، هو نفسه، فإنه لا تحل له صيانة دمه بإتلاف دم غيره. ولو فرضنا المسألة في كون السلطان أمره بنحر ناقة رجل،

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لصاحبه.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب الآن.

أو قتل فرسه، لأبحنا له قتل الفرس ونحر الناقة بل نوجب عليه ذلك إذا كان لا يخلّص نفسه من الهلاك إلا بإتلاف هذا المال، وتبقى المحاكمة من الهلاك إلا بإتلاف هذا المال، وتبقى المحاكمة بينه وبين صاحب المال.

ومما يوضح أيضاً ما ذكرناه أن للحيوان مزية على الجمادات أن من خربت داره لا يجره[1] السلطان على إصلاحها ومن له دابة منعها العلفَ حتى أشرفت على الهلاك فإن القاضي يجبره على علفها خوفاً من تلفها.

واعلم أيضاً أن الأنفُس، وإن كانت لها حرمتان، فربما سقطت بإسقاط صاحبها حرمتها، كما يقتل من قتل، ويرجم من زنى، وهو محصن.

فإذا تقررت هذه القاعدة عدنا بعدها إلى النظر في مسألة من غصب خيطاً فخاط به جرحاً، أو خاط به ثوباً، فجاء صاحبه فطلب نزعَه وردَّه إليه، فأما إن كان خِيط به ثوب فإنه يُنزع من الثوب، إذا كان نزعه لا يتلف المنفعة به لمن يردّ عليه. وأما إن كان لا يمكن نزعه إلا بتقطيعه حتى لا يُنتَفع به، فإن له قيمته، لأنه طلب مَا لاَ منفعةَ له فيه. وأما إن كان خطب[2] به جرح إنسان،/ وإن نزع أيضاً لم يُنتَفَع به، فلا يمكن من نزعه، وإن كان ينتفع به لكن نزعه يؤدي إلى هلاك نفس الرجل الذي خاط بهذا الخيط أو إتلاف عضو من أعضائه، فلا يختلف في أنه لا يمكن من نزعه. لأنه لو أراد أخذه غصْباً لمّا احتاج إلى الخياطة به ولم يجد غيره، وإن لم يخط به جرحه هلكت نفسه، فإنه يسوغ له أخذه. وكذلك إذا أدّى نزعه إلى زيادة في الغلة[3]، وحدوث المرض المخوف، فإنه قد قيل: إنه لا يمكّن من نزعه. وأما إن كان نزعه لا يُتخوف منه تلفُ النفس، أو

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يجبره.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: خيط.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: العِلَّة.

زيادة في المرض، وإنما يتخوف منه أيضاً تأثير[1] البرء، فإن هذا مما اختلف فيه أصحاب **الشافعي**.

وهذا في الحيوان الذي لا يحل أكله، كالإنسان والدواب: البغل والحمار.

وأما إن كان مما يحل ذبحه وأكله، فإنهم اختلفوا أيضاً هل يجبر على ذبحه لينزع الخيط المغصوب منه، ويردَّ على صاحبه، لأن هذا الجنسَ لا حرمة لروحه تقتضي منعَ ذبحه وأكله، فلهذا مكّن من ذبحه. ومنهم من قال: لا يمكَّن من نزعه لأنه عليه السلام نهى عن ذبح الحيوان لغير مأكلة[2].

وهذا الذبح/ هاهنا لغير مأكلة، فلم يجب سقوط حرمة الحيوان به. ولو كان الحيوان مما يؤمر بقتله، كالخنزير والكلب، فإنه هاهنا لا يختلف في أن هذا الخيط يُنزع منه، وإن هلك الخنزير والكلب، لأن هلاكهما مشروع لنا.

واعلم أن قاعدة هذا الباب ونكتته، بعدما قدمنا لك من اعتبار الحُرَم وتفاوتها، الموازنة بين الضرر اللاحق بصاحب الخيط ومنعه عين ملكه بالقيمة، وبين ما يلحق الجريح من الضرر بنزعه. فما اتضح من الضرر خفته، واتضح من الجانب الآخر ثقله وشدة[3] عدل إلى الأخفّ وانصُرف عن الأثقل. هذا أصل الفقه في هذه المسائل.

وبعض المتأخرين من أئمة أهل النظر لم يجر في هذا حرمة الحيوان الإنساني والبهيمي مجرى واحداً، كما حكيناه في هذه التفاصيل عن بعض المتأخرين من أصحاب **الشافعي**، ورأى أن بهيمة الرجل إذا أشرفت على العطب فإن مَن عنده علَفُها الذي يصون حياتها لا يجبر على بذله لها؛ بخلاف حرمة الإنسان فإنه إذا أشرف على الهلاك من الجوع وجب على من عنده طعام أن

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: تأخير.

(2) الموطأ ح2 ح 2 129 ـ البيهقي ح 2ص 91/89.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: شدته.

يعطيه ما يصون به حياته. وطرد هذا الحكم في نزع الخيط، ففرق بين نزعه من البهيمة[1].

وهذا الاضطراب كله إنما يعتمد فيه على الموازنة/ بين الضررين، ومراعاة ما بين الحرمتين.

ومما يجري على هذا الأسلوب لو كان كبشاً أو ثوراً أدخل رأسه في قدر طباخ، ثم لم يمكن إخراجه رأسه منها، فإنه إن كان لصاحبه سبب في تمكينه إدخال رأسه في القدر، مثل أن يكون هو سائقه أو قائده، فإنه إذا كُسرت قدر الطباخ، فتخلص الثور، ضمن صاحب الثور قيمة القدر، لأنه بإفسادها صان ماله، وهو السبب في تعريض ماله إلى التلف. ولو كان الطباخ هو السبب، بأنْ وضعها وضعاً لا تسلم معه مما جرى فيها من تشبث الثور، وصاحب الثور لا سبب له، فإنه لا يضمن صاحب الثور قيمة القدر. وكذلك إذا كانا غير مفرّطيْن جميعاً لم يضمن صاحب الثور قيمة القدر لأن جرح العجماء جبار، وكذلك لو دخل فصيل ناقة داراً وأقام فيها حتى عظُم جِرْمه، فلم يقدر أن يخرج من الباب، فإنّا إن هدمنا الباب ليتمكن من إخراجه كان على صاحب الفصيل غرامة ما أفسد من الباب، لأنا صنّا ماله بإفساد مال غيره.

وهذه المسائل تجري على ما نبهناك عليه من اعتبار الضرر والموازنة بين الضررين.

وأُلْحق بذلك سقوط دينار من دواة إنسان، فَلَمْ[2] إخراجه إلا بكسرها.

وفروع هذا الباب لا تتسع، ومدار جميعها على ما أصلناه لك. وقد كان شيخنا رحمه الله يحكي إذا ذكر هذه المسائل أن جَمَلين اجتمعا في مضيق فلم يمكن إخراج الداخل منهما ولا رد الخارج منهما، فمر/ بهما بعض القضاة،

(1) هكذا في النسختين، ولعل في الكلام نقصاً تقديره: وبيْن نزعه من الإنسان.

(2) هكذا في النسختين، ويتم الكلام بإضافة: فلم [يمْكِنْ]. . . .

فقال: يُنحر أحدهما ويشتركان في الباقي. وقال هذه قياس منه على الحكم فيما يطرح من السفينة. والذي قدمناه لك يعرف الحكم منه في هذه المسألة وغيرها.

والجواب عن السؤال العاشر[1] أن يقال:

إذا غصب الغاصب شيئاً ففعل به فعلاً غيّر به ذات الشيء المغصوب، فإن في ذلك خلافاً بين فقهاء الأمصار.

فمذهب **الشافعي** أن ذلك ليس بفوْت يمنع صاحب الشيء من أخذه من يد الغاصب، حتى لو غصبه بيضةً فحضنها حتى انفقأت عن فرخ، أو قمحاً فبذره في أرض حتى أسبل وصار قمحاً محصوداً، فإنه يأخذ صاحب القمح قمحه وما تنامى منه.

ومذهب **أبي حنيفة** أن التغيّر فَوت يمنع صاحب الشيء من أخذه من الغاصب، بشرط أن يكون الغاصب غيّره تغييراً تنتقل تسميته،/ وتذهب به المنفعة المقصودة به.

وأما مذهبنا نحن، فعندنا ما يدل على الطريقتين جميعاً، طريقة **الشافعي** وطريقة **أبي حنيفة**. فقد ذكر عن **مالك**، رضي الله تعالى عنه، أنه اختلف قوله في الغاصب إذا غصب قمحاً فطحنه، وكذلك رُوي عن **ابن القاسم** في **المجموعة** أن الواجب في ذلك مثلُ القمح المغصوب. وذكر عن **أشهب** في **المجموعة** أنه يرى أن لصاحب القمح أخذ الدقيق من غير أن يؤدي أُجرة الطحن.

وظاهر هذا الخلاف فإنه[2] إنما وقع في تمكين صاحب القمح من أخذ عين الدقيق.

وأما لو أراد تضمين الغاصب مكيلة القمح الذي غصبه لم يُمنع من ذلك

(1) هذا الجواب عن السؤال الثامن في تعداد الأسئلة.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أنّه.

عند **ابن القاسم** و**أشهب**.

وسنتكلم على تفصيل ما وقع من خلاف في بعض تغيرات[1] الغاصب عندنا، بعد أن نذكر سبب الخلاف بين فقهاء الأمصار على الجملة.

فأما مذهب **الشافعي** ومن وافقه من أصحابنا في بعض فروع هذا الأصل، فإنهم يرون أن التمليك فعل شرعي والغصب فعل ليس بمشروع، فلا يُتوصل بأمر غير مشروع منهي عنه إلى أمر مشروع وهو نعمة من الله سبحانه وإحسان، والغصب إثم وخسران. وقد اعتمد **ابن القصار**، من أصحابنا، وغيره من أصحاب **الشافعي** على التعليل بظواهر أحاديث، منها: قوله ﷺ: «**على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه**»[2] وإذا أبقينا دقيق القمح المغصوب في يد غاصبه لم نجعل عليه رد ما أخذت يده.

وكذلك قوله عليه السلام: «**لا يحل مال امرى مسلم إلا عن طيب نفس منه**»[3] فإذا قضينا لصاحب القمح بمثله بدلاً من الدقيق الذي صار عن قمحه ـ ولم يكن فيه أكثر من تفريق أجزاء القمح ـ وأجزاءُ القمح لم يذهب عينها، وأعطيناه بدلها صوناً ـ/ استحللنا ماله بغير طيب نفس منه.

وأصحاب **أبي حنيفة** يقابلون هذه الظواهر بما رواه **عاصم/ بن كليب** أن النبي عليه السلام: «**كان في ضيافة رجل من الأنصار، فقدّم إليه شاة مصلية، يعني مشوية، فأخذ منها لقمة يلوكها، فلم يسغها فقال: «إن هذه الشاة تخبرني أنها ذُبحت بغير حق. فقالوا: يا رسول الله، إنها لجارنا ذبحناها لنرضيه بثمنها، فقال** ﷺ: **أطعموها الأسارى**»[4] فيقول **أبو حنيفة** وأصحابه: لولا أن تغير الشيء

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: تغييرات.

(2) الترمذي: السنن: كتاب البيوع: باب ما جاء في أن العارية مؤدّاة: 2:544. حد. 1266.

(3) تقدّم تخريجه.

(4) أحمد ابن حنبل: المسند: 5:293.

المغصوب يصيّره ملكاً للغاصب ويزيل ملك صاحبه ما أمر رسول الله ﷺ بصدقتها، بل كان يأمر/ بردّها إلى صاحبها الذي ذبحت بغير أمره، والصدقة بمال الغير لا تجوز إلا بوجه يستحق به ذلك عليه.

وهذا الاستدلال كأنه في نفس هذا الأصل المختلف فيه. والاستدلال بقوله: «**على اليد ما أخذت حتى تؤديه**» وبقوله: «**لا يحل مال امرى مسلم إلا عن طيب نفس منه**» استدلال بعمومات ليس المقصود منها بأن حكم هذا الأصل الذي نحن فيه. فكان التعلّق بهذا الخاص أوّلا[1] من التعلق بالعام.

وقد اختلفت معاذير أصحابنا وأصحاب **الشافعي** عن هذا الحديث. فقال بعضهم: إنه مرسل والعمل بالمراسيل فيه اختلاف بين الأصوليين. وهذا العذر إنما يقوله من لم يقل بالعمل بالمراسيل.

وأجاب آخرون بأن الشوى مما لا يبقى بل يتغير ويفسد إذا مر زمن تغيّره، فلهذا لم يأمر برده على صاحبه إذ لعله كان غائباً.

وهذا أيضاً تأويل بعيد لأن الحكم في مثله أن يباع الطعام الذي يخشى فساده وصاحبه غائب عنه، ويوقف له الثمن فلا يتحقق هذا الحكم على ما استقر في الشريعة إلا أن يكون كسب صاحب هذا[2] الشاة خبيثاً، والكسب الخبيث يتصدق به وإن كره صاحبه.

وهذه تأويلات، وإن بعدت، فإنها من الممكنات ولكن ليس في سياق الخبر ما يدل عليها. وجملة الأمر أن من غصب شيئاً فأتلف عينه كقصب غصبه ثم أحرقه، أو ثوب غصبه ثم أحرقه، أو عبد غصبه فقتله، فإنه لا يختلف هاهنا أن الواجب على الغاصب بدل ما غصب، المثل أو القيمة. . وإن كانت العين لم تذهب، ولا تغيرت في سوق ولا بدن، لم يختلف في أنه لا يجب عليه البدل.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أَوْلى.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: صاحب هذه. . . .

فإن تغيرت فهاهنا يحسن الخلاف، لأن من حق صاحب الشيء المغصوب ألاّ يزال ملكه من يديه، وأفعال الغاصب كأنها من أملاكه فلا تزال أيضاً عن يده، فأي الأمرين يغلّب؟

رأى **أبو حنيفة** أن التغيير الذي يُذهب التسميةَ والمنفعة المقصودة، يحل محل ذهاب العين، فإنما يستحق على الغاصب البدل.

ورأى **الشافعي** أن ذهاب العين بالعدم يستحيل معه التملك، إذ المعدوم لا يُتملك، ولا يتصور تملكه للغاصب ولا للمغصوب منه، فلهذا أوجب البدل وانتقال الاسم والمنافع مع بقاء العين ومنافع يتعلق بها الغرض، ويقع التشاحّ فيها، لا يوجب سقوط ملك صاحب الشيء المغصوب، ونقل ملكه إلى ملك الغاصب، مع كون فعل الغاصب كالفرع والشيء المغصوب كالأصل، وهو الجوهر، وفعل الغاصب كالعرض، والتغليب يكون للأصل على الفرع، لا للفرع على الأصل، وللجواهر على الأعراض لا للأعراض على الجواهر.

وأما ضبط مذهبنا وما وقع فيه:

فإن المغصوب إذا كان مكيلاً أو موزوناً مما فيه الربا، كالذهب والفضة والقمح، فغصب الغاصب ذلك فصنع من الفضة التي غصبها حليّا أو دراهم، أو طحن القمح فرده دقيقاً. أو كان المكيل والموزون مما لا ربا فيه، كالنحاس والحديد والقطن، فغصب حديداً أو نحاساً فصنع منه آنية، أو نسج من القطن ثوباً بعد أن غزله، فإن في ذلك أقوالاً على الجملة:

أحدها: أن الواجب فيه مثل الذي غصبه الغاصب، وتكون صنعته كالفوت لعينه.

والقول الآخر: ذلك لا يكون فوتاً للعين، ولا يمنع صاحب الشيء المغصوب من أن يأخذ عين ما غصب له، وإن غيّره الغاصب بما ذكرنا.

والقول الثالث: أن ذلك يكون مما فيه الربا فإن هذه الصنعة كالفوت فيه.

لقرب ما بين الدقيق والقمح من المنفعة، وكأنه هو الطريق إلى تصيير القمح قوتاً، وهذا بخلاف السويق.

وما ذكرناه عن **أبي حنيفة** من أنه يراعي تبدل الأسماء، قد قاله أصحابنا. وذلك أن **أشهب** فرق بين من غصب ثوباً فصبغه، أو قطعه وخاطه، فقال: يرد ذلك على صاحبه إن شاء، بخلاف أن يصير القمح سويقاً لأن الثوب، وإن صبغ وقطع، فالاسم عليه قائم ويسمى ثوباً، أبيض كان أو مصبوغاً، بخلاف السويق فإنه لا يسمى قمحاً. وهذا[1] قال سحنون أيضاً: كلما غُيِّر حتى انتقل اسمه فإن ذلك فوت. فأنت ترى هذين من أئمة أصحابنا اعتبرا تغير الاسم كلما[2] اعتبره **أبو حنيفة**.

وقد وقع لهم أيضاً في التفرقة بين من غصب خشبة فصنَعَها باباً، وبين من غصب خشبة فبنى عليها، تعليل آخر. وذلك أنه قال: إنما حكمنا بأن يبقى التاتوب[3] للغاصب ويغرم قيمة الخشبة، لأنه صنع شيئاً لا يقدر على ردّه إلى هيئته. وقد وقع **لابن الماجشون** في كتاب **ابن حبيب** أن من غصب ثوباً فصبغه أو فضة فصاغها، أو قمحاً فطحنه، فإن يرد إلى صاحبه، ولا حجة للغاصب بأن يقول: يُتْلف عليّ صنعتي، لأنه ﷺ قال: «**ليس لعرق ظالم...**»[4] **وقد وقع أيضاً لعبد الملك بن الماجشون في المبسوط** أن الغاصب إذا صنع فيما غصب شيئاً يسيراً، فإن صاحب الشيء يأخذه، ولا يغرم قيمة الصنعة. وإن صنع فيه شيئاً كثيراً وافى ثمنَه، فإنه لا يأخذه حتى يدفع قيمة الصنعة، أو يضمن الغاصب ما غصبه، أو يكونا شريكين. وفي الشركة قولان: أثبتها هاهنا **عبد الملك**، ونفاها **ابن القاسم**.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: هذا، وقال....

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: كَمَا.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: التابوت.

(4) تقدم تخريجه.

وكذلك اختلف فيما فعله الغاصب إذا كان له طلب عوضه، هل يعطَى قيمة صنعته، أو يعطى ما زادته صنعته في الثوب المصبوغ، وما في معنى ذلك مما يفعله في الشيء المغصوب، وكأن ما يفعله الغاصب في الشيء المغصوب، إن كان مما يُتملك وأضافه إلى الشيء المغصوب، كحجر له يبنيه في أرض غصبها، فإن حقه لا يسقط من عين الحجر إلا بعوض إذا كان أُسلِم[1] إليه انتفع به. وإن كان أضاف إلى الشيء المغصوب ما يتملك، وهو عين مرئية مشاهدة، ولكنها لا تتميز من الشيء المغصوب، ولا يمكن تفرقتها منه كالصباغ، فإن ابن القاسم[2] **أن صاحب الثوب لا يمكّن من أخذه إلا بعد أن يعطي عوض الصباغ، قياساً على الحجر التي هي عين قائمة ولكنها تتميز**. ورأى **أشهب** وعبد الملك أن صاحب الثوب يمكّن منه من غير أن يدفع عوض الصبغ، قياساً على ما يحدثه الغاصب مما ليس بعين قائمة، ولا مما يتميّز بالتفرقة بينه وبين الشيء المغصوب، كالنقش والتزويق فصار الصباغ كفرع بين هذين الأصلين.

والجواب عن السؤال الحادي عشر[3] أن يقال:

إذا غصب الرجل غرساً فغرسه في أرضه، وفعل ذلك غصباً أو تعدياً، أو فعل ذلك على وجه شبهة إما بإدلال على صاحب الغرس، ومثله يشبه أن يدلّ عليه، أو يشري ممن يُظن بأنه باعه من ذلك ما يملك، فإن المذهب متفق على أن هذا الغرس يردّ لصاحبه، وإن ثبت في أرض الذي نقله إن كان بِحدْثانِ أخذِه. ولا يفترق في هذا الحكم الغاصبُ والمدلُّ والمشتري. وإن طلب صاحبه أخذه بعد زمان، وزيادة نماء، افترق حكم الغاصب من حكم المدلّ والمشتري، فيمكّن صاحب الغرس من قلعه في أرض الغاصب الذي غصبه له، ولا يمكن من قلعه من أرض المدل والمشتري، لكن يُلزمان بأن يدفعا لصاحب الغرس

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة: [إنْ] أسلم....
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة: [يرى] أنّ....
(3) هذا جواب عن السؤال التاسع في تعداد الأسئلة.

قيمته قائماً إن لم يختر أخذ عينه.

ولو كان الغصب في غصن أخذه من شجرة، فأنبته في أرضه، وثبت فيها وطال زمانه، فإن المذهب متفق على أنه لا يؤخذ من يد غارسه، كان غصباً أو مدلاً أو مشترياً. وإن طلبه صاحبه بحدثان ذلك أخذه، فيفترق هاهنا حكم الغاصب والمشتري والمدلّ: فيقلع من أرض الغاصب، ويبقى في أرض المشتري والمدل، ويغرمان قيمته مقلوعاً. وكأن هذا المعنى يُلتفت فيه إلى ما سنذكره، إن شاء الله تعالى، فيمن غصب أرضاً فزرعها. وذلك أن نماء هذه الشجرة لم يكن من/ مجرد ذاتها بنفسها، ولا من مجرد ذات الأرض، وإنما كان النماء بمجموعهما: الأرض والشجر. ومقدار ما كان من كلٍّ هذين من النماء لا يتميز، أو لا يوقف على حده، وإذا لم يوقف على حده وجب إضافة النماء إلى أوْلاهما. بالتأثير[1] بالغرس إذا أخذ في النماء وطال زمان ذلك، كانت إضافة النماء فيه إلى نفسه أوْلى من إضافتها إلى الأرض، فلهذا يقلع من أرض رالغاصب. وطَرْد هذا التعليل يقتضي أن تقلع من أرض المدلّ والمشتري وإن طال الزمان، لكن قال عليه السلام «ليس لعرق ظالم حق»[2] **والغاصب ظالم فلم يكن لتنميته أرضه حق، والمشتري والمدل غير ظالمين فكان لعرقهما حق، فلهذا أُبْقِي إذا طال/ الزمان. وأما إذا قصر فكأن عين الغرس لم يتغير فيكون المستحق له أوْلى بعينه.**

وأما مَلْخُ عود من شجرة فإن إضافة التنمية إليه بتعدّ ولا تتصور إلا بعد واسطة، وهو أن يعرق ويطول مقامه في الأرض، فلذلك يأخذ في الارتجاع والنماء، فلهذا كان حكمه غير حكم الغرس.

وقد عارض بعض المتأخرين ما وقع في الرواية في هذه المسألة: من أخذ

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فالتأثير.

(2) تقدم تخريجه.

غصناً ملْخاً من شجرة على جهة الإدلال بغير[1] قيمته مملوخاً، وإن كان أهونَ[2] قلعُه الشجرةَ كان عليه غرامة ما نقص من قوة الشجرة. ورأى أن المطالبة بالنقص تغني عن قيمة العود. وهذا لأن كلَّ أمرين متباينين لا يتضمن أحدهما الآخر لا تكون[3] غرامة أحدهما وتقويمُه عن تقويم الآخر وغرامته. فإذا كانا متلازمين، لا ينفك أحدهما عن الآخر، فكان تقويم نقص الشجرة بالرهن[4] الذي حدث فيها يدخل فيه تقويم الملخ الذي أخذ منها.

وقد اضطرب المتأخرون فيمن اكترى دابة إلى مسافة معلومة فتعدى المسافة بأميال يسيرة لا يجب عليه لتعديه قيمة الدابة، فإنه إنما يغرم كراء الأميال التي تعدى. ولو أحدث في الأميال، التي تعدى فيها، بالدابة عيباً تلزمه غرامة ما نقص، فإن بعض الأشياخ رأى أن هذا العيب إن كان بسبب التسيير لم يطلب بغرامتين: غرامة الكراء وغرامة النقص، لأن أحدهما قد تضمن الآخرَ. فإن كان العيب من غير جهة التيسير[5] طلب بالأمرين: الكراء وقيمة العيب الذي حدث. وهذا نحو ما نبهناك عليه من مراعاة تضمن شيء لشيء. وإن كان بعض الأشياخ رأى أن المطلوب كراء التعدي، ولكن إذا استقر وعلم مبلغه قُوِّم العيب الحادث،/ وحُطَّ من الكراء بمقدار ما حَطّ العيب من قيمة الدابة كلها. فإن كان قُوِّم الكراء بخمسة دنانير، وحَطّ العيبُ الخمسَ من قيمة جميع الداب،[6] من الكراء خمسُهُ، لأن الدابة لا يضمن مَن سيَّرها متعدياً عليها جميعَ قيمتها[7] ثمَّ التعدي عليها لم يلزمه الكراء. فكذلك إذا ضمن قيمة جزء منها لم يلزمه ما

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة: [يُقوَّمُ] بغير. . . .

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أَوْهَنَ.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: تغني.

(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بالوَهن.

(5) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: التسيير.

(6) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة: [حُطَّ]. . . .

(7) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة: [و] ثمّ. . . .

ينوب ذلك من الكراء قياساً للجزء على الكل.

وفي الموازية فيمن غصب دجاجة فحضن تحتها بيض غيرها، فإنه يطالبه صاحب الدجاجة بأجرة الحضانة. وربما نقصت الحضانة من قيمتها.

وعارض هذا بعض المتأخرين، وأشار إلى أن الطلب بقيمة النقص الذي حدث لأجل الحضانة يعني[1] عن الطلب بأجرة الحضانة، لأن الأجرة داخلة في قيمة عين النقص الذي حدث لأجل الحضانة.

وبعض أشياخي يشير إلى أن هذا أيضاً إشارة إلى[2] الغاصب لا يضمن جميع القيمة بالعيب اليسير إذا حدث في الشيء المغصوب. وقد/ قدمنا الكلام على هذا.

والجواب عن السؤال الثاني عشر[3] أن يقال:

أما خلط الغاصب ما غصب بشيء من مال نفسه، فإنه لا يخلو من أن يكون خلط بنوع آخر، أو خلط نوعاً بمثله.

ولا يخلو أيضاً هذان القسمان من أن يكون المختلط من مال الغاصب بالشيء الذي غصبه مما يمكن تمييز بعضها من بعض، أو لا يمكن.

ثم أيضاً يقسم ذلك كله على قسمين من جهة أخرى، وهو أن يكون المختلطان لا يُفسد أحدُهما الآخرَ، أو يكون يفسد كل واحد منهما صاحبه، أو يختص الإفساد بأحدهما.

فإن خلط الشيء بخلافه، وهو مما يتميز، ولا يُفسد أحدهما الآخر، فإن الغاصب يكلّف تمييزَ بعضها من بعض، ليُمكنه ردّ ما غصبه بعينه على حاله.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يُغْنِي.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة: [أَنَّ] الغاصب....

(3) هذا جواب عن السؤال العاشر، في تعداد الأسئلة.

وذلك كخلط جوز بقمح، أو رمان بجوز، أو تفاح بالترنج، فإن الغاصب يكلف تمييز ما غصبه مما خلطه به، ليتمكن من رده إلى صاحبه. وإن لم يمكن التمييز إلا بخسارة إجارة، أو غير ذلك، فغرامة ذلك على الغاصب، لأنه ظالم، وفعل في مال غيره، تعدياً منه، ما أحوجه إلى إجارة يغرمها في تمييزه. ولكن يجب أن تُعتبر هذه المشقة في التمييز. فظاهر مذهبنا أن المشقة إذا عظمت، والخسارة إذا كثرت، حتى كاد ذلك بري[1] على قيمة المخلوط، فإن ذلك يصيِّر المخلوط في معنى الهالك التالف، ولهذا قال أصحابنا: إذا خلط الغاصب/ قمحاً بشعير ضمن لصاحب القمح مثل قمحه، ولصاحب الشعير مثل شعيره. ولم يقولوا: يُكلَّف الغاصب التمييزَ.

وبعض أصحاب **الشافعي** ذكر هذه المسألة، ومثّل بالقمح والشعير، وجعل الحكم فيه التمييز.

وهذا عندي قد لا يختلف فيه، إذا عظمت المشقة حتى كاد التمييز يستحيل، أن ذلك في معنى الهالك.

وإن قلا[2] الطعام حتى يمكن تمييزه، ولكن بعد مشقة، فإن ذلك مما لا يمتنع أن يكون الواجب تمييزَه.

وأما إذا كان أحدهما يفسد الآخر، فوقع الإفساد فلا شك في التضمين، ووجوب الغرامة على الغاصب.

وإن لم يقع الإفساد، ولكنه تعدى في غلط[3] ما يسري إلى الإفساد، فضاع قبل أن يفسد، وليس بغاصب، فيضمن بمجرد الغصب. فإن **أشهب** ذهب إلى تضمين هذا المتعدي في الخلط بمجرد الضياع وإن لم ينته الأمر إلى الفساد.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يُرْبِي.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: قلَّ.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: خَلْطِ.

وأنكر الشيخ **أبو محمد بن أبي زيد** هذا وقال: كيف يضمن، ومجرد الخلط لا يوجب ضماناً والفساد لم يقع؟

وهذا الذي استبعده الشيخ **أبو محمد** من قول **أشهب** ربما ظهر له وجه يليق بالمذهب.

وقد ذكر في **المدونة**، فيمن اكترى على حمل دُهن، فشده الحمّال بحبال ضعيفة، فهلك وقد خرج به، ووصل العريش فهلك حينئذٍ، أنه يضمن قيمة[1] يومَ شدَّه لا يوم هلكَ. وقدر أنه لما فعل ما تعرض به إلى هلاك الشيء/ صار ضامناً له بتعريضه للهلاك وإن لم يهلك. وقد يُقوَّى هذا القول بالمترقَّبات إذا وقعت كأنها واقعة من يوم السبب الذي أوقعها، وحصلت عنده.

على أن مسألة العريش قد وقع فيها ما نتخوفه من الضياع بسبب قد تقدم.

والذي ذكره **أشهب** لم يقع بالتخوف منه من الإفساد بالخلط، لكنه إذا أضيف إليه التعدي لحصول السبب، صار ضامناً وإن لم يحصل السبب. على أن الذي قاله الشيخ **أبو محمد** أظهر.

وأما إن خلط الشيء بمثله، مثل أن يخلط زيتاً بمثله، فإن في هذا اختلافاً: هل من حق المغصوب منه الزيت أن يأخذ الزيت الذي غُصب له من عين هذا المخلوط، أو ليس له ذلك وإنما له مثل ما غصب؟

فمذهب **أشهب** أن له الأخذ من عين الزيت المخلوط و[2] يترك ذلك ويقبل ما يعطَى من غيره مما هو مثل ما غصب له. وذلك أنه قال، في رجل خلط زيتين لرجلين غصبهما منهما جميعاً، فضاع بعض الزيت، قال **أشهب**:/

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: قيمته.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أوْ.

هو ضامن لما ضاع ولما بقي، وصاحب الزيت إن شاء أخذ ما بقي من الزيت الذي لم يضع أو تركاه.

فجعل **أشهب** لهما الاختيارَ في أخذ حقهما من غير هذا المخلوط. وبهذا قال بعض أصحاب **الشافعي**.

وذهب **الشافعي** إلى أن الغاصب مخيَّر أن يعطي الزيت، إذا خلطه الغاصب بزيت نفسه، مكيلةَ ما غصب له من غير هذا المخلوط، أو يعطيَه مثله..

وسبب هذا الاختلاف أنه قد تقرر أن من غصب مكيلا فعليه مثله، وإن غصب عيناً وجب عليه ردّها بعينها على الجملة. فهل خلط هذا الزيت بغيره يصيّره كأنه ليس بعين الزيت المغصوب، لأنه إذا أعطى صاحبَ الزيت المغصوب من الزيت المخلوط فإنه لم يعط عين زيته صار كمن غصب زيتاً مكيلاً فأكله، فإنه مثله[1].

وقدر **أشهب** وبعض أصحاب **الشافعي** أنه معلوم قطعاً أن عين الزيت المغصوبَ لم تذهب عينه، وإنما اختلط بعين أخرى على وجه لا يتميز بعضها عن بعض، فإذا امتنع المغصوب زيته أن يأخذه من عين هذا الزيت المختلط، مع العلم بأن الذي يعطاه فيه آخراً هو عين زيته، كان تمكينه من هذا أوْلى من صرفه عن عين زيته إلى مثله، هذا إذا تساوى الزيتان في الطيب.

وأما إن كان أحدهما أجود من الآخر مثل أن يغصب الغاصب زيتاً جيداً فيخلطه بزيت دنيء أو يغصب زيتاً دنيئاً فيخلطه بزيت جيد، من زيت هو له، فإن الحكم، على أصل مذهبنا، أن يغرم مثل الذي غصب كان أدنى من زيته أو أجود. وقال **ابن القاسم** من غصب قمحاً فخلطه بشعير له، إنه يضمن مثل

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فإنه يعطي.

المغصوب. وقدر أن خلط الجيد[1] والدَّني بالجيد كفوت العين، والعين إذا فاتت غرم مثلها. وقال بعض أصحاب الشافعي: أما إن غصب زيتاً دنيئاً فخلطه بزيت جيد من زيت له، فإن له أن يعطي المكيلة/ المغصوبة من غير هذا الزيت المخلوط. ويجبر صاحب الزيت المغصوب على ذلك منه لأنه أُعطي أفضل مما أُخذ له. ولم يراع من ذهب إلى هذا المذهب أنه صار كالواهب لغيره، فلا يجبر الموهوب له على قبول الهبة، لأجل أن الجودة الحادثة في الزيت الدّنِيّ المغصوب لسبب[2] بعين متميزة فيقدر أن من حق الموهوب ألاّ يقبلها، وإنما هي كصفة حدثت في المغصوب زادته جودةً، فإذا سلمها الغاصب فلا يُمكّن المغصوب له من الامتناع من القبول. وإن امتنع الغاصب من/ أن يعطي المغصوب له من عين هذا الزيت لم يجيز[3] على أن يغرم للمغصوب له من هذا الزيت. ولم يلتفت أيضاً صاحب هذا المذهب إلى الغاصب كمحدث صفة في الشيء المغصوب ليست بتميزه[4]، ولا عين[4] قائمة، فيكون له أخذ المكيلة التي غصبها من عين هذا الزيت، وإن امتنع الغاصب من ذلك، كما نقول نحن فيمن غصب داراً فزوّقها: إن صاحب الدار يأخذها بتزويقها، وليس للغاصب أن يمنعه من ذلك. وكما نقول، في أحد القولين، فيمن غصب ثوباً فصبغه: إن لصاحب الثوب أن يأخذه، من غير أن يغرم عوض الصباغ.

وعندي أن أصحاب هذا المذهب مذهبهم أن تزويق الغاصب لا يُؤخذ منه بغير عوض. ولو كان الغاصب غصب زيتاً جيداً فخلطه بزيت دنيء لكان الخيار هاهنا للمغصوب منه الزيت، عند هؤلاء، إن شاء[5] عن جود زيته، وأخذ من غير[6]

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة: بالدنيّ.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ليْسَتْ.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يُجْبَرْ.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: متميّزةً. . . . عيناً.
(5) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة: إن شاء [عفا].
(6) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: عين.

هذا المخلوط، وإن شاء لم يعف وغرم للغاصب مكيلة زيته في جودته.

ومن أصحاب **الشافعي** من يرى في المسألتين جميعاً أن الزيت المختلط يباع ويقسم ثمنه على نسبة القِيَم الجيّد والدّنيء من الزيتين.

وهذا قول **ابن القاسم** في غاصب غصب قمحاً من رجل وشعيراً من آخر فخلطهما جميعاً، ورفع الضمان عن الغاصب، فإنه يباع الطعامان، ويقسم ثمنهما على قيمة القمح، فإن كان قيمة القمح دينارين، والشعير ديناراً، بيع المختلط وقُسم على الثلث والثلثين.

وهذه المسألة مشهورة[1] عندنا الاختلاف في حكمها، ووقعت فيها من الروايات ألفاظ قد يشكل بعضها، ويوهم أن يكون خلافاً. وتلخيصها أنّ[2] صاحب القمح والشعير إذا أَراد أن يستبدّ بالمخلوط ولا يُغرم كلٌّ واحد منهما الغاصبَ بمثل ما غصب له، فإن هذا لا يمكّنان منه عند **سحنون** ويمكنان منه عند **ابن القاسم وأشهب** وقد تأول **سحنون** على **أشهب** أنهما[3] يمنعهما من رفع التعدي، من مسألة سنذكرها. ووقع **لأشهب** أنهما إذا رفعا التعدي، وتضمين الغاصب، اقتسما المخلوط على/ مقدار كل واحد منهما، إذا رفعا العداء تراضياً بذلك، لأنهما إن اقتسماه على التفاضل ووقعا[4] في الربا وبيع الشعير بالقمح والقمح بالشعير متفاضلاً، وذلك لا يجوز. فإن رفعا العداء على أن يكونا شريكين بقيمة ما لكل واحد منهما لم يجز ذلك عند **أشهب**، وأجازه **ابن القاسم** قولاً مطلقاً. لكن/ تأوله الأشياخ على أن المراد بإجازة ذلك حصول الشركة في المختلط لا أكثر، ولكن المفاضلة فيه بالتقويم على أنه لا يباع يوقع في الربا، كما قدمناه، والشركة فيه على أنهما يقتسمان ثمنه بعد عينه[5] على حسب القيم

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: مشهورٌ.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة: أن [كلاًّ من]. . . .
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أنّه.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب حذف واو العطف.
(5) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بيعه.

لا ربا فيه. ويؤكد ما تأولُوهُ أن **ابن القاسم** على ما رواه **أبو زيد عنه**، أن هذا المختلط يباع ويقتسمان الثمن على القيم. وروى **عيسى عنه في العتبية**، فيمن خلط قمحاً بشعير تعدياً، وذهب فلم يُعرَف، قال: يباع ويقسم الثمن على القيمة. واستحب أن لا يقسماه على الكيل. فأما **سحنون** فإنه لما منعهما من رفع التضمين للغاصب إلى أن الخلط كالإفات للعين، فإنما يجب لهما على الغاصب مثل ما تلف على كل واحد منهما، ولا يلزم تسليم المختلط لأنه صار بالخلط كالفائت العين، ولهذا قال **سحنون**، فيما ذهب إليه: والتمثيل لهذه المسألة في رجل غصبه خشبة، وغصب نجاراً عملها: أن النجار وصاحب الخشبة لا يكونان شريكين فيهما، وإنما الواجب فيها القيمة على الغاصب. فهذا قد يشير إلى منعهما من رفع العداء لحق الغاصب ألاّ يُؤخذ منه غير ما وجب عليه. وعند **ابن القاسم وأشهب** أن التضمين للغاصب حق لهما، ومن له حق فله إسقاطه. وان تصوِّر في هذه المسألة، مع كون الحق لهما في التضمين، حقُّ الله سبحانه، فإنما يُتصوَّر ذلك في أنهما إذا ملك كل واحد منهما أن يأخذ مثل ما أُتلِف عليه، فعدل عن ذلك إلى القناعة بأن يباع المختلط ويأخذ من ثمنه بمقدار قيمة ما أُتلف عليه، صار ينتقل عن معلوم يأخذه إلى مجهول، وهو الذي ينوبه في التقويم، ومن ملك معلوماً فليس له أن يعدل عنه إلى مجهول، لأن ذلك غرر، والغرر ممنوع.

على أن هذا الأصل فيه اضطراب في المذهب، فمن ذلك ما ذكروه في الاستحقاق لأكثر الثياب المبيعة: أنّ المشتري له رد بقية الصفقة، ويأخذ ثمنه الذي هو معلوم، وليس له التمسك ببقية الصفقة لقيمة[1] ما تمسك به، لأنه انتقل من أخذه الثمن المعلوم إلى تمكينه بقيمة مجهولة.. هذا هو المشهور. وإن كان عندنا فيه خلاف.

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بقيمة.

ولو ضمن الغاصب أحد هذين الرجلين مثل ما خلط له، وقال الآخر: أَبْقَى معك شريكاً، ولا أُزَال عن عين مالي، فقد وقع **لأشهب** أن هذا لا/ يمكن من الشركة./ وظاهر قوله أن ذلك لأجل حق الغاصب ألا يشاركه في المختلط وإنما له بعضه. ووقع في غير هذا الموضع ما يشير إلى أن ذلك ممنوع لحق الله تعالى.

ولو قال أحدهما لصاحبه: أنا أغرم لك مثل ما خلطه الغاصب، وآخذ المختلطَ كلَّه، فإن **أشهب** قال: لا يجب ذلك في القضاء ولكن بالتراخي[1] يباح لهما. قال **يحيى بن عمر**: على أنهما لا يفترقان قبل التقابض. ووقع **لأشهب** في موضع آخر أن ذلك لا يُعلم ولا يَجوز لأن هذا إنما رفع الضمان عن الغاصب أن يأخذ بدل قمحه قمحاً وشعيراً، ويغرم عن الغاصب لصاحب الشعير الذي أُتلف عليه. فأشار إلى أن للبارى سبحانه في ذلك حقاً. ولا يتصور للبارى سبحانه في ذلك حق عندي، إلا من ناحية الانتقال عن معلوم إلى مجهول، أو من ناحية الوقوع في التفاضل الذي هو ربا محسوس، أو الربا المقدّر في منع نوع بنوع آخر، على ما بسطناه في كتاب السلم، ولعلنا أن نعيد الكلام على هذه المسألة بأبسط من هذا في كتاب الوديعة إن شاء الله تعالى.

ومما يلحق بما نحن فيه، وإن كنا قد تكلمنا عليه في جملة أجملناها: من غصب ثوباً فصبغه، فإنه إن كان الصباغ إذا غُسل خرج منه ما يَنتفِع به الغاصب، وطلب الغاصب استخراجه، فإنه يمكّن من ذلك، ولكن لرب الثوب أن يدفع إليه قيمة ما يستخرج من الصباغ، ويبقى ذلك في ثوبه، وإذا كان لا منفعة له في ذلك[2]. وهكذا قال **ابن مسلمة**، من أصحابنا، وهو قياس المذهب، ألا ترى قولهم في غاصب غصب أرضاً وبنى فيها بناء: إن لرب الأرض أن يأمره بقلعه، وإن شاء أعطاه قيمة البناء مقلوعاً، بعد أن يحطّ أجر القلع، لئلا يكون الغاصب

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بالتراضي.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة: فلَاَ.

(قد أبطل تلفيقاً له قيمة ولا منفعة له في إبطاله)[1] ولصاحب الأرض به انتفاع إن بقي، وهذا إضرار لا يمكّن منه، ولصاحب الأرض أن يقبل هذا الإضرار ويأمره بإزالة ما بنى في أرضه.

وإن كان الصبغ لا يُنتَقَص منه شيء إن غُسل ففي ذلك اختلاف في المذهب: المشهور عن **ابن القاسم** أن ذلك ليس بفوت للثوب المغصوب، ولصاحب الثوب أن يأخذه.

وروي عن **ابن القاسم** أن ذلك كالفوت، وللغاصب أن يعطي لرب الثوب قيمته/ غير مصبوغ، على حسب ما أخذه وكأنه قدر أن ذلك كالفوت لعين الثوب.

واعلم أنه لا بد هاهنا من بيع ملك أحدهما على صاحبه مراعاة لملك الآخر، فأيّ الملكين أو لا[2] أن يباع على صاحبه؟:

المشهور من المذهب أن مالك[3] الغاصب هو الذي يباع عليه، ويؤخذ منه باطلاً[4] بغير عوض، لأجل أنه عِرق طالق[5] والغاصب الذي غصب ظالم، والظالم أحق/ أن يحمل عليه، ولقوله عليه السلام: «**على اليد ما أخذت حتى تؤديه**»[6] **وكأن من ذهب إلى أن ذلك فوت في الثوب غلّب هاهنا حق الغاصب في أنْ لا يباع عليه، أوْ يُفْعل به ما هو أشد ضرراً، وهو أن يُؤخذ منه الصباغ باطلاً بغير عوض، لأجل أن الثوب قد تغير بفعل الغاصب أخيراً أنال**[7] **المنفعة**

---

(1) هكذا في النسختين.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أَوْلى.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: مِلْك.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بإِطْلاقٍ.
(5) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ظَالم.
(6) تقدم تخريجه.
(7) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أَزَالَ.

المقصودة منه وهو اللبس، **والجمهور لا يلبسون الثياب المصبوغة إلا بعض الأقطار**.

لما رأى **الشافعي** التفاوت بين هذين الحقين لم يبع على صاحب الثوب ثوبه بغير اختياره، ولا على الغاصب صبغه بغير اختياره، فقال: إنهما شريكان في الثوب المصبوغ: صاحب الثوب بقيمته أبيضَ، وصاحب الصبغ بقيمة صبغه.

وإذا قلنا بالمشهور من مذهبنا، وهو أن حق صاحب الثوب مقدم في أن لا يزال ملكه من يده بغير اختياره فإذا مكناه من أخذه فهل عليه أن يبذل عوضاً بدل الصبغ؟ اختلف المذهب فيه:

فقال **ابن القاسم**: عليه أن يبذل عوضاً عن ذلك. وعلى ما كنا حكيناه عن **المبسوط** من أنه إذا كانت المنفعة كثيرة لم يأخذه حتى[1] عوض الصنعة، أو يكونا شريكين. وكأنه هاهنا[2] بين اليسير والكثير تغليباً لأحد الضررين ففي الإنفاق الكثير يشتد الضرر بالغاصب إن أُخذت صبغته بغير عوض، وفي اليسير يخف ذلك. وكأن من قال لا يأخذ الثوب حتى يأخذ قيمة الصبغ قدّر ذلك كعيْن قائمة، ولكنها، مع كونها عيناً قائمة، لا تتميز عن الثوب المغصوب، فهل يجب على آخذ الثوب عوض هذه العين بأن كانت لا تتميز، كما يجب عليه إذا أبقى بناءَ الغاصب في أرضه أن يعطيه لكونه عيناً قائمة؟ ولكنه يمكن هاهنا تميزه عن الأرض. أو يقال: إن الصبغ، وإن كان عيناً قائمة لا تتميز، فأشبه ما فعله الغاصب من الآثار التي ليست بأعيان كتلفيق[3] البناء والتزويق والتجصيص وشبه ذلك، فإنه لا يُعطى الغاصب عوضه.

ولو غصب الغاصب ثوباً من رجل وغصب منه نيلاً فصبغ به الثوب/ لكان

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة: يبذل.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة: فرّق.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: كَتَلْيِيق.

من حق صاحب الثوب والنيل أن يطلبه بعوض كل واحد، ويأخذهما بأعيانهما، ولا يدفع إليه الصبغ لأنها كأخذه التلفيق في الحجر إذا بناه.

وإن طلب أخذ العين، وقيمتها ناقصة عن قيمة كل واحد من الصباغ والثوب إذا جمعا، فهل له طلب النقص في أخذ العين؟ يجري على الخلاف، الذي قدمناه، في غاصب غصب عبْداً، أو[1] طرأ عليه نقص يسير، فطلب أخذ عينه فهل له مطالبة النقص أم لا؟ فيه القولان المتقدمان.

ومما يلحق أيضاً، لو غصب أرضاً فبنى فيها، أو غرسها، فمذهبنا أن لصاحب الأرض أن يأمر الغاصب بالقلع، أو يعطيه قيمة النقوض بعد أن/ يحط أجر القلع.

وعند **أبي حنيفة** أن الغاصب يملك الأرض بغراستها وبنائها، وتلزم قيمتها، بناءً على أصله أن الأرض قد فاتت، فعليه عوضها لتغيّر الاسم، كانت تسمّى براحاً أو أرضاً، فصارت تسمى داراً أو بستاناً. والمنفعة المقصودة أيضاً قد تغيّرت.

وقد مضى الكلام على هذا وضبط مذهب **الشافعي** فيه.

ولو أن الغاصب لما غصب الأرض حفر فيها بئراً، أو مطموراً، فإن لرب الأرض، إذا استحقها منه، أن يأمره بردم ما حفر ليزيل ضرر الحفر عنه، وله أن يُبقي الحفر ولا يطالبه بردْمه. (ولو قال له الغاصب: لا بد أن تردمه وإن لم تختر صاحب الأرض)[2] فإن ظاهر مذهبنا، ومذهب بعض أصحاب **الشافعي**، أنه لا يمكن من ذلك، إذ فيه زيادة إضرار به من غير غرض له في ذلك، وربما مُنِعَ صاحب الأرض من غرضه ومنفعته ببقائه محفوراً.

ومن أصحاب **الشافعي** من ذهب إلى أن من حق الغاصب ذلك، وصور له

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وَ.

(2) هكذا في النسختين.

في ذلك غرضاً بأن قال: قد يسقط إنسان أو بهيمة فيُطلب الغاصب بضمانه. .

ونوقضوا هؤلاء في هذا بأن قالوا: لو غصب نُقْرة فضة، فصنعها دراهم فأراد رب الدراهم أخذها، فمنعه الغاصب من ذلك، وقال: لا تأخذها حتى أسيّلها، وأردّها نقرة كما كانت. فإنه لا يمكّن من ذلك لأنه إضرار بمالك الشيء من غير عوض الغاصب[1] في ذلك.

وأجابوهم عن ذلك بأن حفر البئر قد بينا أنه قد يتصور للغاصب غرض ومنفعة في ردمه، ورد الدراهم نقرة لا يُتصور فيها غرض أصلاً.

على أنه قد يجابوا عن غرض الغاصب بأن يقال: إذا رضي صاحب الأرض ببقائها محفورة، والتزم/ ضمانَ ما سقط فيها، فقد يرتفع ما صورتموه من غرض الغاصب في ردمها.

وهذا أيضاً فيه اضطراب من أصحاب هذه الطريقة في رفْع عوض[2] الغاصب بانتقال الضمان عنه إلى صاحب الأرض.

والكلام فيه يتسع في اشتراك رجلين في فعل أتلف حيواناً، أحد الفعلين مباشر للتلف، والآخر سبب في التلف. (وقد يقال الغاصب قد نطلب ولا ينفعني ضمانك لقيتك أو يقرك)[2].

ولو كان الذي حفر البئر والمطمر حفر ذلك بوجه شبهة في أرض اشتراها، فإنه إذا استحقت من يديه طلب المستحقّ بقيمة ما أحدث فيها. ولكن الشيخ **أبو محمد بن أبي زيد**، رحمه الله، حمل هذه الرواية على أن المشتري طَوَى التي حفر بحجارة فهي التي تقوَّم. وخالفه بعض المتأخرين، ورأى أن المشتري له المطالبة بقيمة ما فعل في ذلك من منفعة وعمارة بخلاف الغاصب.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: غرضٍ للغاصب. . .

(2) هكذا في النسختين.

وهذا الاختلاف عندي يرجع إلى اختلاف المتقدمين من أصحاب **مالك** في/ مشتر اشترى قمحاً فطحنه فأخذه المستحق من يده، فقيل: ليس على المستحق أجرة الطحن، لأنه ليس بعين. وقيل: بل عليه أجرة الطحن. وسنبسط هذا في كتاب الاستحقاق إن شاء الله تعالى.

والجواب عن السؤال الثالث عشر[1] أن يقال:

إذا غصب مسلم من مسلم خمراً فأراقها، فلا ضمان عليه، لأنه فَعَل الواجب من الإراقة التي كان مخاطباً بها مَن هي في يديه.

ولو أمسكها حتى تخللت لوجب عليه أن يردها لمن غصبها منه، لأنها، وإن كانت حين الغصب حراماً، ليست بمال للمسلم الذي غصبت منه، فقد عادت خلاًّ إنما[2] يتمولها المسلم الذي غصبت منه، فوجب أن يرد إليه.

ومن متأخري حذاق الأشياخ من خرج فيها خلافاً فقال: من أوجب من أصحابنا إراقتها وإخراجها من يد المسلم، ومنعه من إمساكها ليخللها، أشعر ذلك بأنه غير (جائزاها)[3] ولا يد له عليها، فإذا غصبها منه مسلم عنده بقيت ملكاً للمسلم الغاصب الذي تخللت عنده، لأنها، وإن لم يصح وضع اليد عليها وإمساكها للتخليل لا للأول ولا للثاني، فإنها، يوم صارت خلاً، يصح حوزها وبقاء اليد عليها، فصار الغاصب التي هي تحت يديه يوم تخلّلت كمن وضع يده على طائر لا يحوزه أحد.

فأما من لم يوجب إراقتها على من حبسها للتخليل/ فإنه يقدّر أن من هي في يديه حائز لها، فإذا تخللت في يد الغاصب رُدت إلى الحائز الأول.

وهذا الذي قاله هذا الشيخ **أبو الطيب عبد المنعم** ينظر إلى ما اعتل به

---

(1) هذا جواب عن السؤال الحادي عشر في تعدَاد الأسئلة.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: مِمّا.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حَائِز لَهَا. . .

ابن **القاسم** لما قال: إن **مالكاً** قال إن احتوى عليها فخللها فإنه يتملكها.

وقال الشيخ **أبو محمد بن أبي زيد**، رحمه الله،: إنما كانت، إذا تخللت، لمن غصبت منه، لأن الغاصب لم تكن له فيها صنعة توجب أن يملكها بها.

وهكذا يقول **الشافعي** إنها ترد إلى الأوّل. وقد ذكرنا نحن مذهبه في أن التغيير في يد الغاصب لا يرفع حق صاحب الشيء من أن يأخذ عين ملكه.. وذكرنا عن **أبي حنيفة** أنه متى تغير الشيء في يد الغاصب تغيّرا تغير به اسمه والمنفعة المقصودة منه، وضمنه بالقيمة، فإنه يتملك بذلك، ويسقط حق صاحبه في طلب عين هذا الذي غصب فتغيّر. لكنه هاهنا وافقنا في هذه المسألة، ووافق **الشافعي** فقال: إن الخمر تبقى للغاصب. بناء منه على ما أشرنا إليه من أنها لما كانت[1] تحل، ولا تتملك، ولا يجب على الغاصب لها من مسلم بذلها، بقيت[2] إذا تخللت.

بخلاف لو غصب عصيراً فخلّله، فإنه يكون الخل له، ويجب عليه بذلُ[3] العصير، لأن العصير مما تجب غرامته على الغاصب، وقد تغير في يديه، فبقي المتغير له، ووجب عليه/ بذل[3] الأصل، وهو العصير.

وعندنا نحن: أن صاحب العصير مخير بين أن يعطي بدله[4]، ويَبقى الخل للغاصب، ويأخذه[5] من يد الغاصب، على إحدى الطرق التي قدمناها فيمن غصب قمحاً فطحنه، أو شيئاً يُقضَى فيه بالمثل، فخيّره، أو ما يقتضى فيه بالقيمة فغيّره.

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة: [لا] تحِلّ....
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة: [له] إذا....
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بَدَلُ.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أن يعطى.
(5) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أوْ.

ومما يلحق بما نحن فيه إتلاف الغاصب ما لا يحل بيعه. فقد بينا حكم غصب مسلم من مسلم خمرا.

ونتكلم الآن على غصب المسلم ذمّياً خمراً فأتلفها عليه. فالمذهب عندنا على قولين عن **مالك** وغيره من أصحابه: أن المسلم يضمن للذمي ما تلف عليه. وبهذا قال **أبو حنيفة**. وقال إن[1] **الشافعي**: لا يضمن له ما أتلف عليه مما لا يحل تموله في شرعنا. وبهذا أخذ **عبد الملك بن الماجشون** من أصحاب **مالك**.

والذي يولغ[2] به في المذاكرات في هذه المسألة: أن الاختلاف مبني على اختلاف الأصوليين في الكفار هل هم مخاطبون بفروع الشريعة أو غير مخاطبين، مع إجماعهم على أنهم مخاطبون بالإيمان بالله ورسوله؟

فمن يرى أنهم غير مخاطبين،/ والتحريم في فروع شريعتنا، اقتضى ذلك ما قاله **مالك** و**أبو حنيفة** من أن من أتلف من المسلمين على ذمي خمراً أو خنزيراً فإنه يغرم له قيمته، كما لو أتلف عليه ثوباً من ثيابه، أو عبداً من عبيده.

ومن يرى أنهم مخاطبون بفروع الشريعة اقتضى ذلك ما قاله **الشافعي** و**عبد الملك** من أن المسلم إذا أتلف على ذِمّي خمرا أو خنزيراً فإنه لا يضمن ذلك له، لأنه إنما أتلف عليهم محرماً عليهم، فلا يضمنه، كما لو تلف[3] على مسلم خمرا.

هذه طريقة أشياخنا. وأما **البغداديون**، من أصحابنا، فإنهم يحابون[4]

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حذف إنّ.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يُولَعُ.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أتلف.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يحاجّون.

أصحاب **الشافعي** بظواهر، ويحاجهم أصحاب **الشافعي** بظواهر أيضاً، واستدلالات منا ومنهم. فيُخَصّ أصحاب **الشافعي** المسألة بعينها بكون الآية التي نزلت في تحريم الخمر إنما هي مقصورة على المسلمين لقوله تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر**﴾[1] الآية وما بعدها. **فعلّق التحريم بالمؤمنين، وأيضاً قال**: ﴿**فاجتنبوه لعلكم تفلحون**﴾[١] وإنما يُرجى الفلاح باجتنابه من المسلم لا من الكافر، لأنه ما دام باقياً على كفره فهو غير مفلح، وإن لم يشرب الخمر.

وأيضاً فإنه تعالى قال: ﴿**إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر**﴾[2] **إنما يكره وقوعها بين المسلمين، وأما ما بين الكافرين فإنما يجب**[3] **وقوعها بينهم ليشتغلوا بما بينهم من الفتن عن المسلمين، وقد قال تعالى في آية آخرى**: ﴿**فأغرينا بينهم العداوة والبغضاء إلى يوم القيامة**﴾[4] **فجعل هذا أحد عقوباته. وأيضاً قال تعالى**: ﴿**ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة**﴾[5] **والكافر لا يصلي لأجل كفره، وإن لم يشرب الخمر، والمسلم يصلي ولكن يصده السّكر عن ذكر/ الله تعالى وعن الصلاة.**

واحتج أصحابنا بأن عامل عمر بن **الخطاب** رضي الله عنه كتب إليه: أن الذمي يمر بنا ومعه التجارات والخمر. فأجابه **عمر** رضي الله عنه: «**ولُّوهم بيعها، وخذوا العُشُر من أثمانها**» فسمى فعلهم بيعاً، فلولا أنهم يتملّكونها لم يوقِع عليها اسمَ البيع.

وأيضاً فإنه قال «ولّوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها» فسمى ذلك ثَمَناً، والثمن لا يكون إلا فيما يُتملك.

---

(1) المائدة: 90.

(2) المائدة: 91.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يُحِبّ.

(4) المائدة: 14.

(5) المائدة: 91.

وأيضاً فإنهم يتصرفون فيها بشربها وبيعها من بعضهم بعضاً، ولا ينكر ذلك عليهم أحد، فلولا أنها مما يتموّلونها ما أُقِرّوا على ذلك.

وأيضاً من جهة الاستدلال: إنه إنما يعتبر اعتقاد الإباحة، وجواز/ التملك، في حق المتلف عليه لا في حق الذي أتلف، ألا ترى أن نَصْرانياً لو أتلف على مسلم مصحفاً، لضمنه له، وإن كان الذمي لا يعتقد أن للمصحف قيمة. وإذا أتلف المسلم على ذمي خمراً، فاعتقاد المسلم أن ذلك محرم ولا قيمة عليه لا يُعتبَر، وإنما يعتبر اعتقاد الذمي أن الذي أتلف عليه مما يُتملك وله قيمة.

فإن قيل: ينتقض هذا عليكم بعبد كافر في يد رجل كافر، فأسلم العبد فلم يبعه على الكافر حتى ارتد، فقتله مسلم بعد ارتداده ورجوعه إلى ملة سيده، فإنه لا يضمنه، ولم يُعتبر هاهنا اعتقاد المتلَف عليه، لأن سيده عنده أنه قد أصاب وأحسن في رجوعه إلى دينه.

وانفصل عن هذا بأن العبد لما ارتد هتك حرمة نفسه، وحرمة سيده، وأباح مهجة نفسه لأجل ما فعل، فلهذا لم يضمنه قاتله، والخمر إذا كانت في[1] نصراني فهي مما يتصور (أن تبيح نفسها ومالكها أيضاً لم يبحها)[2]، فلهذا أوجب ضمانها، بخلاف العبد إذا أسلم ثم رجع إلى الكفر.

ويستدل **الشافعي** أيضاً بأن النبي عليه السلام: «**إن الله حرم الكلب وحرم ثمنه وحرم الخنزير والخمر**»[3] **كما أن الثمن بدل منه.**

وهذا يجاوب عنه بأن الثمن عبارة عما سلّمه مالكه طوعاً منه على أن يسلم إليه عوضاً منه، وأما الاستهلاك فهو بغير اختيار المالك، وإذا كان بغير

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة: [يَدِ] نصراني.

(2) هكذا في النسختين.

(3) جمع المازري عدة أحاديث في هذا الحديث: انظر: أبو داود: السنن: 2:250، 251.

اختياره لم يتعلق به تحريم، بخلاف الثمن الذي فعله باختياره وقد تعلق به التحريم. ألا ترى أن أم الولد لا يحل بيعها وأخذ ثمنها، ومن قتلها غرم قيمتها لسيدها فقد صار الثمن هاهنا محرماً، والقيمة غيرَ محرمة. وكذلك لو أحرم رجل[1] في بيته صيداً ما جاز له أن يبيعه ويأخذ ثمنه مِمّن يذبحه، أو[2] ذبحه ذابح بغير اختياره لغرم له قيمته.

ومما يلحق بهذا أن من غصب حراً فباعه فإنه إذا غاب به مشتريه، وطُلِب فأُيس من وجوده، فإنّ غاصبه يضمن ديته لأهله/ هكذا قال في كتاب ابن حبيب. . وقد تقدم ذكرنا الخلاف فيمن غضب أم الولد، وأن **ابن القاسم** يرى أنه يضمن قيمتها على أنها أمة إذا فاتت في يده. **وسحنون** لا يضمّنه قيمةً، قال: كالحرة إذا غصبت. ومراده أنه غصب منافعَها لا رقبتَها، وغصْب منافعها لا تُضمن به رقبتُها.

ومما يلحق بهذا غصب جِلْد ميتة، فإن **ابن القاسم** يوجب/ على مستهلكه قيمته، دُبغ أو لم يدبغ. وحكى **أبو الفرج** عن **مالك** أنه إذا لم يدبغ فإنه لا يضمن مستهلكه فيه شيئاً، وهكذا في **المبسوط**. وأما إن دبغ فإنا إن قلنا بجواز بيعه، وأن الدباغ يطهره الطهارة الكاملة، فإنه يقوّم على أنه يجوز بيعه. وإن قلنا: بيعه لا يجوز، وإنما تفيد الطهارة جوَازَ الانتفاع به، فإنه يقوم على أنه لا يجوز بيعه. وذكر في **المبسوط** أنه إذا دبغ فإن مستهلكه إنما يغرم قيمة ما فيه من الدباغ. وكأنه رأى أن عيْن الجلد نجِسة، والنَّجس لا يباع، والدباغ كالساتر لنجاسته، وهو حلال، فهو الذي يقوّم.

وهكذا الرَّجِيع، الذي تزول[3] به الأرض، إذا أتلفه متلف، جرى على حكم جلد الميتة إذا لم يدبغ.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أحْرز رجل محرم.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وَلَوْ.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: تُزَبَّل.

وكذلك الكلب المباح اتخاذه إذا قُتِل ظلماً فإن على قاتله قيمتَه مطلقاً، أو على أنّ بيعه لا يحل.

وكذلك التمر والزرع، إذا لم يُزْهَ، وأتلفه متلف، فإنه يغرم قيمته، على الرجاء والخوف، رجاء أن يسلم من العطب إلى أن يصير تمراً، أو الخوف أن يعطب قبل ذلك..

وقال في ثمانية أبي زيد فيمن غصب جرة عصير، وقد صار فيها مبدأُ التخليل: يضمنها على رجاء أن تصير خلاً، أو لمخافة أن تعطب قبل ذلك. وجعلَها كالثمرة إذا أُتلفت قبل الزهوّ.

والجواب عن السؤال الرابع عشر[1] أن يقال:

كنا قدمنا الكلام على الأصل الذي تبنى عليه هذه المسألة وذكرنا نكتاً من حِجاج المختلفين في أصلها، وإن كان الترتيب يقتضي تقديم ما نقول هاهنا إلى ما أشرنا إليه أنه نسق، ونؤخر ذلك المتقدم إلى هذا الموضع ولكن قطع عن هذا الترتيب قاطع.

فاعلم أن من غصب عبداً فأبق من يده، أو دابة فهربت له، أو سلعة خفي عنه مكانها لما طُلب بها، فتلزمه القيمة والضمان، لأجل تعدّيه فيما وضع يده عليه، فحكم عليه بغرامة القيمة. ثم تمكن بعد أدائها من العين المغصوبة، فإن مذهب **مالك** و**أبي حنيفة** أن غرامة القيمة، التي قضي عليه بها، تصيّره مالكاً للعين، حتى إذا غرم قيمتها، للعجز عن ردها إلى صاحبها إذا قدر على ردها، فإن ذلك لا يبطل الحكم بالقيمة، بل يمضي عليها، إلاّ أن يتراضيا جميعاً على نقض هذا الحكم، بأن يرد صاحب السلعة السلعة المغصوبة إلى ربها، ويُقضى لصاحب السلعة المغصوبة بردها عليه، ويقضي عليه برد القيمة//الذي[2] أخذ،

(1) هذا هو السؤال الثاني عشر في تعداد الأسئلة.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: التي.

إلا أن يستأنفا تراضياً منهما على ما يجوز. وهذا إذا كان الغاصب لم يخف السلعة، وظهر أنه إنما امتنع من ردّها على صاحبها عجزاً منه على ذلك، لا إخفى[1] للسلعة، ورغبة فيها، حتى يكون كالمكرِه لصاحبها على أخذ بدلها عوضاً عن عينها. وكان بعض أشياخي يرى أنه إذا لم يعلم كون الغاصب قد عجز عن ردها، ولم يكن أكثر من دعواه أن العبد أبق، أو السلعة خفيت عنه، ثم وجدت في يديه، فإنه لا يصدق في: إني قد كنت عجزت عن ردّها على صاحبها، وتعذر ذلك عليّ.

وهذا بناء منه على استصحاب الحالين، فحاله الأولى كونها في يديه، فصار مدعياً لخروجها من يديه. والحالة الثانية كونها الآن بعد غرامته القيمةَ، ظهرت في يديه، فيُحمل على أنها كانت كذلك فيما سبق من الزمان. وهذا عندي مما ينتظر[2] فيه. وظاهر كلام **أشهب** أنه إذا اتُّهم بالإخفاء حلَف أنه لم يخفها. وكأنه رأى هذا لأنّ القيمة إنما يقضى عليه بها بناءً على تصديقه فيما ادعاه من العجز عن ردها. فإذا بُنِيَ الأمر على ذلك، فإن حَمَله على أنه أخفاها حلف حينئذٍ لمقتضى الحكم بالقيمة.

وإذا تحقق أن الغاصب أخفاها، وثبت ذلك، فإنه لم يختلف **مالك** ولا **الشافعي** ولا **أبو حنيفة** في أن الحكم بالقيمة ينتقض إذا طلب صاحبُها نقضَه، وأخْذَ السلعة من يد الغاصب، لِمَا نبهنا عليه من كونه كالمكرَه على بيعها بالقيمة، والمكرَه بالبيع لا يلزمه البيعُ. .

ونحن، وإن كنا وافقنا **أبا حنيفة**، في أن الحكم لا ينتقض فإنا نخالفه في المشهور من مذهبنا في فصل آخر، وهو أن الغاصب إذا ادعى عجزَه عن ردها، وظهر صدقُه فغرم القيمة، على ما وَصَف السلعةَ المغصوبة به، وحلَف على ذلك، وقد خالفه ربُّها على الصفة مثل أن يزعم الغاصب أنها على صفة تساوي

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: إخْفاءً.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ينظر.

عشرة دنانير، فيقول صاحبها: بل هي على صفة تساوي عشرين ديناراً، فإن الغاصب إذا غرم عشرة دنانير قيمتها، ثم ظهرت، فتبين كذبُه، فإن المشهور من مذهبنا أن الغاصب إنما يلزمه إكمال القيمة الحقيقية، وهي عشرة دنانير التي جحدها، ويصير كأنه لم يُخْفِ العين بنفسها، فيلزمه غرمها إذا ظهرت، وإنما أخفى بعضَ صفاتها، وجحد بعضَ ثمنها، ويكون ما سواه قد مضى الحكم فيه بالقيمة، وما كذب عليه فيه غرم قيمته. وهذا تغليب/ لما قابل القيمة الحقيقية فينفذّ فيه ملكالغاصب. ويستحب[1] هذا الحكم والتمليك على الجزء الذي جحده الغاصب.

وعند **أبي حنيفة** أنه يُنقض الحكم بالقيمة، ويَرُد صاحبُ السلعة القيمةَ التي أخذ، ويأخذ عين سلعته. وأجرى جحود بعض/ صفاتها مجرى إخفائها بجملتها، حتى يصير مكرَها على بيع ما جحده من صفاتها، كما يصير مكرَها على البيع إذا أخفاها بجملتعها. وهذا كتغليب حكم الجزء المجحود منها على الجزء المبيع بالقيمة الحقيقية.

وقد وقع عندنا اضطراب في المذهب في تغيير[2] الأثمان بالزيادة والنقصان، هل ذلك كتبدّل الأعيان أم لا؟ وقد نبهنا عليه في كتاب الوكالات.

وقد وقع عندنا في **المبسوط** في هذه المسألة مثلُ مذهب **أبي حنيفة** أن جحود بعض صفات السلعة المغصوبة كإخفائها بجملتها. بناء[3] من قال هذا من أصحابنا على ما قدمناه في تعليل مذهب **أبي حنيفة**.

واعلم أن هذه المسألة مبدأُ النظر فيها أن تَعلم أن كل عوض لا بدّ له من (معنا بل له)[4] في المعاوضة حتى يكون أحدهما ثمناً والآخر مثموناً أو

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ينسَحِبُ.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: تغير.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بَنَى.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: مَعْنىً بُذِل له.

كالمثمون، ألا ترى أن من اشترى سلعة بثمن فإنه من ضرورة هذا العقد أن يكون لثمنه الذي يَدُل[1] عوض، وهو السلعة المبيعة، فكذلك إذا أخذ من الغاصب القيمة، فلا بد أن يجعل في مقابلتها عوضاً منها. فنحن وأبو حنيفة نرى أن عوض قيمة العين المغصوبة و[2]، إذا بُذلت دنانير في مقابل سلعة صح أن باذل الدنانير قد ملك السلعة بما بذل، وإذا كان قد ملكها فلا ينتقض هذا التمليك بقدرته على ردّها على صاحبها بعد أن كان عاجزاً عن ذلك.

ويقول **الشافعي**: إنما هذه القيمة المأخوذة من الغاصب في مقابلة الحيلولة التي فعلها بمالك السلعة، وحال بينه وبينها، ومنعه من الانتفاع بها.

وهذه الحيلولة ليست بسلعة تُملك، فإذا ذهبت الحيلولة، وهي العلة في أخذ القيمة، لم يصح التمليك للسلعة ولا كانت السلعة ملكاً للغاصب حين غرم القيمة. وإذا لم يكن له ملك حين غرم القيمة، فإذا ظهرت بقيت على ملك ربها.

وترددت المسألة بين مسألتين أيضاً، وهي أن المتيمّم، لعجزه عن الماء، إذا تيمم ثم وجد الماء انتقل الحكم إلى حال القدرة على الماء، وبطل ما تقدم من التيمم للقدرة على الأصل الذي[3] معجوزاً عنه. فكذلك الغاصب العاجز عن رد السلعة/ المغصوبة إذا أخذ منه القيمة لعجزه عن الردّ، فإذا قدر على الرد الذي هو الأصل انتقل الحكم إليه. في مقابلة هذا أن المُظاهِر إذا عجز عن عتق رقبة، وصام إن قدر، أو أطعم إن لم يقدر، ثم وجب[4] رقبة، فإنه لا يجب الرجوع إلى الأصل الذي كان معجوزاً عنه.

ورد هذه المسألة إلى هاتين المسألتين ضعيف، لأنهما عبادتان، وحكم

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بُذِل.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب حذف الواو.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة: كان.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وَجَدَ.

العبادات خلاف حكم المعاملات. وإذا رتب الله سبحانه في عبادة فرضاً بعد فرض، فقام المكلف بالفرض الثاني لعجزه عن الأول، فلا يلزمه أن يعود إلى الأول، فيصير كالمكلف فرضين، والله سبحانه لم يوجب عليه/ إلا أحدهما، والمتيمم تيمماً في[1] عبادة لم تفرض لنفسها، فإذا لم يفعل المقصود بفرضها، فكأنه لم يفعل ما هو تبَع لها ومراد من أجلها، فيصير كمن حضرت الصلاة ولم يتيمم، والماء موجود في أنه لا يختلف في أن التيمم لا يجوز له.

ومن أعظم ما عولت عليه **الشافعية** في مناقضة **المالكية والحنفية** أنهم يقولون: إن المدبَّر، عندكم، لا يجوز بيعه، وإن كنا نحن نجيزه، ثم إذا غصب[2] غاصب فأبق من يده، فإنكم تقضون بالقيمة عليه، والعين التي حرم الغاصب قيمتها مما لا يصح عندكم أن تباع ولا تملك، وهذا يشعر بأن القيمة في المغصوب عوض الحيلولة، لا عوضاً لِتمليك العين المغصوبة إذ المدبّر لا يباع، وكذلك أم الولد يضمنها الغاصب بقيمتها، وهي مما لا يباع عندنا وعندكم ولا يصح تملكها. ثم مع هذا تقضون بقيمتها على الغاصب. فدل هذا على أن القيمة ليست عوضاً عن تمليك الأعيان، بل لأجل الحيلولة.

وهذا من آكد ما يحتجون به.

ولكنا نجيب عنه بأن المدبر يُترَقب ملكه إذا مات سيده، وعليه دين يستغرقه، فلم يتحقق فيه انتفاء الملك.

وأما أم الولد فإن فيه عندنا قولين: ذهب **سحنون** إلى أنها لا يضمنها الغاصب، كما لا يضمن الحرة. فعلى هذا المذهب لا تصح مناقضتهم. وإن قلنا بمذهب **ابن القاسم**: إن غاصبها يضمنها، فإنها إذا قتلت لزم قاتلها قيمتُها على أنها رقّ، ويتملك السيد هذه القيمة عوض الرقبة، كما يتملك أولياء الحر ديته إذا قتل، وهو مما لا يُتملك. فقد صار لسيدها حق في قيمتها إذا قتلت،

---

(1) في (و): هي.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: غصبه.

وقيمتها إذا أخذت مما يصح تملكه بإجماع. فما انتفى الملك بالكلية./ فيجعل القيمة التي يؤديها الغاصب كالعرض[1] عما هو عوض عنها، ويتملكه السيد إذا قتلت.

ويناقض أصحاب **الشافعي** بأن الملك لو لم ينتقل إلى الغاصب الذي غرم القيمة لصار صاحب السلعة المغصوبة قد ملك الثمن والمثمون جميعاً، وهذا لا يصح في أصول الشرع.

والجواب عن السؤال الخامس عشر[2] أن يقال:

إذا غصب الغاصب شيئاً فحدث فيه زيادة عنده، فهل تكون مضمونة في يده كضمان العين المغصوبة، فإن تلفت في[3] هذه الزيادة طولب بها، أو تكون في يديه كأنها أمانة فلا يطالب بها إذا ذهبت من يديه، كما لا يطالب بالوديعة إذا ضاعت؟ وكذلك[4] مثل أن يغصب جارية فتسمن عنده، ثم يذهب الثمن[5]، أو تتعلم القرآن عنده وتحفظه ثم تنساه، وتلد ولداً، وهي في يد الغاصب.

فإذا أُحدِثتْ في يديه زيادة فلا يخلو أن تكون الزيادة في القيمة لارتفاع الأسواق، أو زيادة في العين، كالسمن في الجارية.

فإن كانت/ الزيادة الحادثة عند الغاصب ليست في العين المغصوبة، ولكن في سوقها، فإن المعروف من المذهب والمشهور أن الغاصب لا يضمن حَوالة السوق بنقص. وفي **الزاهي لابن شعبان** أنه يضمن ذلك، حكاه عن **أشهب وابن وهب وعبد الملك**. وهؤلاء إن ضمنوه هذه الزيادة مع هلاك العين

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: كالعوض.
(2) هذا هو جواب السؤال الثالث عشر في تعداد الأسئلة.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب حذف (في).
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب حذف الكاف، فتصير: وذلك.
(5) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: السِّمَن.

المغصوبة فإن ذلك، بناء منهم، يعد كل يوم كمبتدئ غاصباً[1] للسلعة.

وقد وقع الاتفاق على أن[2] إذا هلكت في يد الغاصب فإن لربها أن يضمّنه قيمتَها يوم أخَذَها منه. وهذا هو الأصل، لأنه، يوم الأخذ لها، حال بينه وبين مِلكِهِ، فلزمه ردّ العين، أو عوضُها إذا هلكت، وهو، كل يوم، مأمور بردها، إذا لم يفعل صار كمبتدئ غصبها ذلك اليوم. وإذا كان ذلك اليوم الذي زادت فيه قيمتها يقدَّر كأنهُ اليوم الذي[3] فيه، اتضح ما قاله.

وقد علم اختلاف أهل المذهب في هذا الأصل، وهو التمادي على الفعل، هل يعد كالتمادي عليه ابتداءً أَوْ لاَ؟ ألا تراهم كيف اختلفوا فيمن حلف ألاّ يلبس ثوباً، فتمادى على لبسه، فمن أصحابنا من يقول: يحنث بتماديه. وقدر أن تماديه على اللباس كابتداء اللباس. ولو نزعه ثم لبسه لم يختلفوا في أنه حانث، ومن أصحابنا من قال: لا حنث عليه، لأن التمادي على الفعل ليس كابتدائه. فكذا يجري هذا الاختلاف/ في التمادي على الغصب: هل هو كابتدائه؟ والخلاف فيه منصوص كالخلاف فيمن حلف ألا يلبس ثوباً أو يركب دابة، فتمادى على الركوب واللباس. وإن طُلب الغاصبُ بغرامة زيادة السوق في العين المغصوبة، إذا نَقَصَتْ تلك الزيادة، وعادت القيمة إلى ما كانت عليه يوم الغصب، فذلك مبني على الاختلاف في ضمان الغاصب ما مَنَع، لأنه قد منع صاحبَ السلعة المغصوبة من بيعها فتلك[4] القيمة الزائدة، فيضمن ذلك للمغصوب منه. وإذا ضمناه ما نقص من سوقها، مع بقاء عينها، فإنا نضمّنه قيمتها كلّها. فإن قيل: فهلاّ يأخذ عين الجارية التي صارت قيمتها خمسين ديناراً، ويغرم له الغاصب الخمسين التي حرمه إياها؟ قيل: قد تقدم أن[5] ملك

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: غَصْباً.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أنّه.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة: أُخِذت.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بتِلْك.
(5) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة: [مَنْ].

أخذ العين، فلا يَطْلب مع أخذ عينها أخذ ما نقص إذا كان النقصان بأمر لا صنع للغاصب فيه، إلا ما خرجه الأشياخ من مذهب **سحنون**، فقد يحسن على مذهب **سحنون** إلى[1] أخذ العين وما منعه من زيادة القيمة.

هذا تحقيق النظر عندي في المسألة، على ما ذكروه من الروايات. وقد كنا قدمنا الكلام على هذا، ولكن زدنا في بيانه هاهنا.

وأما إن كانت الزيادة الحادثة في عين الجارية المغصوبة متصلة بها لا يمكن انفصالها عنها، كجارية غصبت وهي هزيلة فصارت عند الغاصب سمينة، ثم ذهب سِمنها، فإن ذلك/ لا يضمنها[2] الغاصب عندنا، وعند **أبي حنيفة**. ويضمنها[2] عند **الشافعي**.

والخلاف في هذا مبني على أن العين المغصوبة يؤمر الغاصب بردّها كل ساعة، وإن لم يطالبه المغصوب له بردّها، لأنه وضع يده عليها تعدّياً، واليد المتعدية يأمر الشرع بإزالتها. وأما السمن فإنه لم يضع يده عليه تعدياً، وإنما حدث بغير صنعة، وصار في يده بغير اكتسابه، ثم ذهب بغير صنعة أيضاً، فتصير يده بوضعها عليه كالمؤتمَن على وديعة وجدها في تركة أبيه لما مات، فصارت تحت يده بغير اختياره ولا تعدٍّ منه، فإذا ضاعت، ولم يكن له في تضييعها سبب أو تفريط، لم يضمنها. وكذلك لو حملت الريح ثوباً من دار رجل، فأوقعته في حَجْر رجل آخر، ووضع يده عليه، ثم ضاع من غير تعدّ منه، فإنه لا يضمنه. فمن أجراه مجرى الأمانة، وشبهه بهذين السؤالين، أسقط الضمان، وهو **مالك وأبو حنيفة**، ومن رآه مضموناً/ على الغاصب، لأجل أنه مأمور برد العين المغصوبة على صاحبها، ووضْع يده عليها واستدامة إمساكه تعدّ منه، ويستحيل أن يردها، وهي سمينة وينزع سمنه منها. وهذا يقتضي أن الشرع أوجب عليه ردّ السمن الحادث عنده كما أوجب عليه رد الثمن. فإذا اجتمع على

(1) هكذا في النسختين، والأولى حذف إلى.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب يضمنه.

وجوب ردّ العين وأنه مأمور بردها، وإن لم يطالبه المالك بذلك، وكان لا يتوصل إلى ردّها إلا بردّ ما حدث فيها من سمن وجب أن تكون أيضاً مضمونة على الغاصب كضمان العين المغصوبة، إذ ما لا يتوصل إلى فعلٍ من الواجبات إلا بفعلٍ آخر كان الفعل الآخر الموصّل إلى الواجب واجباً أيضاً. هذا على حكم الزيادة الحادثة بين[1] الغاصب وهي ما لا ينفصل عن العين المغصوبة.

وأما إن كانت الزيادة مما ينفصل عن العين المغصوبة، كأمة غصبها رجل فولدت عنده، ثم مات الولد، فقد تقدم كلامنا على هذا، وذكرنا اختلاف **ابن القاسم** و**أشهب** في تضمين الغاصب هذا الولد الحادث عنده، إذا مات وهو في يديه. والتعليل في هذا الخلاف مبني على ما ذكرناه في تعليل الزيادة الحادثة التي لا تنفصل.

وأما لو كان غصب هذه الأمة، وهي حامل، فإن ذلك أوضح في تعليق[2] الغصب بالولد، لأنه كمن غصب وعاءً، وهو حامل شيئاً مختزَناً فيه، فإنه يضمنه، ويضمن الوعاء، فكذلك الحمل.

لكن اختلف قول **مالك** في الحمل هل له حكم، ويقدر كأنه كالمنفصل، أوْ لاَ حكم له؟ وقد وقع عندنا اختلاف فيمن قال لأمته: ما في بطنكِ حرٌّ، ثم حدث عليه دين هل تباع في الدين الحادث بعد عتق الجنين، وهو لم ينفصل أم لا؟ فمن نقد[3] البيع فيها فكأنه قدر أن الجنين لا حكم له، بخلاف انفصاله فإن وجوه[4] متحقق متيقن ويصح/ وضع اليد عليه. فإذا كان حملاً لم يتحقق وجوده.

ولو حدثت الزيادة في البدن، ثم ذهبت، ثم عادت، ثم ذهبت، وهي من جنس واحد، كجارية غصبت هزيلة، ثم سمنت، ثم هزلت، فإن أصحاب **الشافعي** عندهم قولان في أن يَضْمن السمن الأول الذي ذهب والسمن الثاني يضمنه أيضاً، أَوْ

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بيَدِ.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: تَعَلُّق.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: نَفَّذَ.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وُجُوده.

لا يضمن الأول، ويقدِّر ما حدث بعده من السمن عوضاً منه، فكأنْ السمن لم يذهب.

وعندي أنّا لو كنا نقول بما قاله: إن الزيادة الغير منفصلة مضمونة لكان أيضاً عندنا في هذا قولان مثل ما عندهم. وهي عندي مخرّجة من اختلاف أصحابنا في الجارية إذا اشتريت وولدت عند المشتري، ونقصتها الولادة، فهل يكون نقص الولادة يُجبر بقيمة الولد، لأن الولد كان عن ذلك النقص، أو لا يجبر لأن النقص في الذمة، ولا يُغرم عنه عوض آخر، فكذلك هذه المسألة.

والجواب عن السؤال السادس عشر[1] أن يقال:

أما الإتلاف بمباشرة الفاعل فإنه لا خفاء في تعلق الضمان به، كمن ذبح رجلاً أو بهيمة، أو طرحهما في مهواة يعلم أنهما يهلكان بطرحهما، أو أخذ ثوباً فأحرقه، أو طعاماً فأكله.

وأما إن كان الإتلاف ليس عن مباشرة قدرة الفاعل له، لكن بواسطة[2].

وسبب هذا الاختلاف، وهو الذي يذكره المتكلمون من أهل الأصول في كتبهم، أنه من المتولدات عن أسباب يفعلها الفاعل. ونختلف، نحن والمعتزلة، في كون المسبَّب مقدوراً لفاعل السبب، أوليس بمقدور له، وإنما يحدثه الباري سبحانه بعادة جارية، مثل أَلَمٍ يحدث عن الضرر وشبهه. وهذا مستقصى، في كتب علم الكلام.

فاعلم أن هذا السبب المؤدي للإتلاف لا يخلو إما أن يكون حدث التلف عن سبب هو فعل من الأفعال، أو عن سبب هو قول من الأقوال.

فإن حدث عن سبب هو قول من الأقوال فإن في ذلك اختلافاً في المذهب إذا كان السبب غير متضمن الإتلافَ فلا[3] بد، مثل الغرور بالقول، فيقول

---

(1) هذا جواب على السؤال الرابع عشر في تعداد الأسئلة.

(2) سقط جواب أما من النص.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بِلا بُدٍّ.

الصيرفيّ لمن استرشده في دينار، هو زائف أو طيب، ليأخذه ممن هو له عليه، فيقول له: طيب. والصيرفي يعلم أنه زائف، وتعذر بذله[1]، فإن الصيرفي في غرامته، لمن استرشده فكذَبه، قولان. وكذلك لو غرّ رجل رجلاً في جرة أراد أن يصبَّ فيها، فقال له: هل[2] صحيحة، وهو يعلم أنها مكسورة، فإن في ضمان الغارّ للزيت قولين.

ولو دل رجل رجلاً ظالماً على مال أخفاه صاحبه، فأخذه الظالم لأجل دلالة هذا الدال عليه، لكان أيضاً في ضمان الدالّ قولان.

وذكر الشيخ **أبو محمد ابن أبي زيد** أن المتأخرين من أهل المذهب اختلفوا في ذلك. واختلافهم في هذا يشير إلى اختلاف **ابن القاسم وأشهب/** فيمن (دل محرم على صيد فقتله المحرم)[3] فإن القاتل لم يلزمه جزاؤه من غير خلاف، والدالَّ له عليه حتى قتله فيه قولان:

ذهب **ابن القاسم** إلى أنه لا جزاء عليه فيه، وقدّر أن القول ليس بسبب ملجئ إلى تلف هذا الصيد.

وقال **أشهب/** عليه الجزاء.

وهذا يشير أيضاً إلى الاختلاف الذي حكاه **أبو محمد** عن أصحابنا.

ويتعلق بهذا، الأمرُ لغيره بقتل إنسان، فإن المباشر يُقتل من غير خلاف، وفي الآمر الخلاف والتفصيل الذي نذكره في موضعه إن شاء الله تعالى.

وهكذا لو شكا رجل رجلاً إلى والٍ ظالم، يعلم أنه يتجاوز الحق في المشكوّ إليه، ويغرّمه ما لا يغرمه[4]، والمظلوم لا تِباعة للشاكي عليه، فإنه فيه

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بَدَلُهُ.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: هي.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: دلّه مُحرِمٌ على صيد فقتله للمُحرِمِ.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ما لا يلزمه.

اختلاف أيضاً: هل يغرم الشاكي للوالي ما استُغرِم المشكوّ أم لا؟

ومن أصحابنا من أسقط الضمان والغرامة على الشاكي إذا كان المشكو قد ظلمه.

إلى غير ذلك من المسائل التي يكثر تعدادها، وما ذكرناه هو الأصل في جميعها.

ويعتمد من رأى الغرور بالقول كالغرور بالفعل، وإليه كان يذهب شيخنا **أبو محمد عبد الحميد**، على الاتفاق على أن الشاهدين إذا شهدا على رجل بمال، فقضى القاضي عليه به، فسلمه لطالبه، ثم اعترفا بعد الحكم أنهما تعمدا الكذب وشهادة الزور، فإنهما يضمنان.

وأهل المذهب الآخر يفرقون بين الشاهد إذا رجع وبين من غر بالقول، أن الغرور[1] بالقول قادر على ألا يقبل قولَ الغارّ، فصار قول الغارّ، وإن كان سبباً للتلف، فإنه غير ملجيء للتلف، وشهادة الشهود تُلجئ القاضي إلى الحكم، وشتان بين سبب ملجئ وسبب[2] ملجئ..

ويقول الآخرون هذا إنما يكون عذراً في حق الحاكم لأنه في وسعه أيضاً ألاّ يقبل شهادة الشاهدين.

ويقول الآخرون إذا ترك القضاء بهما، وقد حرم الشرع ذلك عليه، فصار الشاهدان هم[3] السبب الملجئ للسبب.. وقد استقصينا هذا في كتاب الرجوع عن الشهادات.

وأما إن كان السبب المتلف كواسطة بين المتلف والتلف، وكان ملجئاً للتلف، فإنه يحل محل المباشرة للتلف، كرجل طلب رجلاً ليقتله ففرّ، فأمسكه

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: المغرور.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة: غيْر.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: هما.

آخر قاصداً إمساكه ليقتله الآخر، فإنه مشارك في القتل، ويتعلق به الضمان أيضاً، والمطالبة بالدم.

وألحق بهذا الفصل ما ذكره في **المدونة** فيمن حفر بئراً ليسقط فيها من أتى ليسرق ماله، فسقط فيها السارق فمات، أو سقط فيها غيره ممن لم يأت للسرقة، فإن الحافر للبئر يضمن ما سقط فيها فهلك، من سارق أو غيره، وقُدِّر ذلك السببَ الملجئ للتلف، على أن الساقط[1]/ فيها مشاركة، لأنه لو اجتهد وتحفظ، حتى يرى ما بين يديه، لم يسقط فيها، ولكن روعي في ذلك قصد الحافر/ بها للإهلاك، مع كون العادة المعلومة ضرورةً ألاّ يقصد عاقل إهلاك نفسه، فصار الحافر قصَد أهلاكَه إذا غفل عن[2] والغالب غفلته إذ لا يتهم أحد في إهلاك نفسه.

وكذلك ذكر أيضاً فيمن نصب شبكة (يحرس عتمد)[3] فيها من ذئب أو غيره، فعثر إنسان عليها فمات، أنه يضمن ذلك.

وهذا عند[4] إنما يلحق بالأسباب الملجئة إذا نصب ذلك لما يأتي، من سبع أو ذئب، وهو يعلم أنه لا يكاد يسلم من المرور عليه آدمي، أو ضربه على وجه لا يجوز له، أو في مكان لا يجوز له، قاصداً إتلاف حيوان فتلف فيه غيره.

وهذا أيضاً في **المدونة** في إطلاق نار أحرقت (لم أر)[5] الجارة، واعتبر فيها هل فعل من ذلك ما لا يجوز له، فيكون ضامناً، أو يجوز له فلا يكون ضامناً.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: للسّاقط.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب حذف (عن).
(3) هكذا في النسختين.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: عندنا.
(5) هكذا في النسختين، ولعل الكلمة التي يصحّ بها المعنى: الأرض.

على باب القفص غرامة. وفي كتاب الحج من **المدونة** في صيد رأى رجلاً فذُعر منه، فمات، فإنه عليه جزاؤه. فقد جعل هاهنا الذُّعر الحادث في نفس الصيد، الذي مات من أجله، يوجب ضمانه على الرجل المارّ، مع كون الرجل لم يحصل منه تعدٍّ، ولا/ سبب في الإهلاك، لكنه لما كانت حركتُه سبباً في الذّعر ضمنه.

وهكذا قيل في الدابة إذا رأت قائماً على الطريق فذُعرت منه، فهلكت، فإنه يضمنها. ولو قام في غير الطريق لم يضمن إلا أن تكون منه حركة لأجلها، ففرت[1] الدابة. فاعتبر في هذه المسألة كون ما فعل تعدّياً لا يجوز له، أو مباحاً يجوز له، وهل صدر منه فعل كان سبباً و[2]لم يصدر منه؟ فضمّنه بصدور فعل منه، وإن لم يكن متعدياً، على ما أطلق به الجواب.

وقد ذكر في كتاب الحج، فيمن نصب فسطاطاً، فتعلق به طائر فهلك، أنه لا يضمنه. فاعتبر جواز الفعل، وكونه مباحاً، وكون الضارب للفسطاط لا مشاركة له فيما فعله الصيد بنفسه.

وقد ذكر في **المدونة**، فيمن فتح داراً مغلقة على دواب، وليس بها أحد، فخرجت الدواب، فإنه يضمنها. وإن كان بها مكان[3] فإنه لا يضمنها.

ورأى **أشهب** أنه إذا كان بها سكان، والدواب مسرحة غير معقولة، فإنه وإن[4] كانت معقولة فإنه لا ضمان عليه.

وهكذا ذكر في **المدونة** في سارق فتح داراً، فسرق منها وخرج، وترك الباب مفتوحاً، فإنه لا يضمن ما أُخِذ منها بعده إذا كانت مسكونة، كان أهلها نياماً أو غير نيام.

---

(1) هكذا في النسختين، والأوْلى: فنَفَرَت.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أو.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: سُكّان.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب حذف الواو.

وتعقب بعض المتأخرين هذا، وأشار إلى أنه هو سبب في التلف، فيجب ضمانه.

وهكذا إذا حلّ قيْد عبْد[1] خوفاً من هروبه، فهرب العبد، فإن حكمه حكم فاتح القفص على الطائر فطار.

وفي **الموازية** فيمن قال لرجل: خذ عبدي فقيدْه، فلم يقيده، واعتذر بالنسيان، فقال: إنه يضمن. ولو قال: اِقفلْ على هذا الطائر، فلم يفعل حتى طار، واعتذر بالنسيان، فإنه لا ضمان عليه.

وأشار بعض الأشياخ إلى أن هذا اختلاف قول منه، وهو كالاختلاف المذكور في **المدونة**/ في (إذا مشى بيتاً)[2] فمشى على شيء فكسره قال: في تضمينه له اختلاف.

ولو كان زقاً مملوءاً زيتاً مربوطاً، فحل رباطه رجل، وأبقاه مستنداً كما وجده، فأتى رجل فأسقطه، أو هبت ريح فأسقطته، فإن أصحاب **الشافعي** يرون ألاّ ضمان على فاتح الوِكاء، سواء كان سقوطه بفعل إنسان أو هبوب ريح. ويضمّنون الذي أسقطه، لكونه باشر التلف. والذي حل الوكاء أو[3] يباشر التلف.

وهذا فيه نظر، والأوْلى أن يشترك في الضمان فاتح الوكاء والذي أسقطه من غير علم، إذا عُلِم أنه لو أسقطه متكئاً مربوطاً لم يُهرَقْ ما فيه، ولو بقي محلولاً لم يُهرق ما فيه، فإذن كان التلف يُعلم منه أنه لو انفرد أحد الأمرين لم يتلف الزيت، وإنما تلف باجتماعهما.

والذي ماسح الزق فسقط لأجل مماسحته، ولم يتعمد التلف فيه، والذي

---

(1) المعنى يتضح بإضافة: [قَيَّدَ] خوفاً. . . .

(2) هكذا في النسختين.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لم.

حل الوكاء لم يقصد تلف ما فيه، فإنهما يضمنانه جميعاً لاشتراكهما في التلف. كرجلين/ أخرجا شيئاً ثقيلاً من (جوز أو)[1] انفرد أحدهما لم يقدر على خروجه[2]، فإنهما يضمنان جميعاً.

وقد نجز القول فيما يحدثه الغاصب والمتعدي، وبقي القول فيما يحدثه غير الغاصب فيما في يد الغاصب.

فلو غصب غاصب عبداً، فقتله رجل في يديه، فإن القيمة تلزم الغاصبَ يوم الغصب، وتلزم القاتلَ يوم القتل. فإن طلب صاحب العبد القاتلَ بالقيمة يوم القتل، فأخذ ذلك منه، وهي أقل من قيمته يوم الغصب، فهل له أن ينتفع[3] الغاصب بما بقي من القيمة يوم الغصب؟ فيه قولان:

أحدهما أنه له أن يتبعه، لأنه إنما أخذ من القاتل ما أخذ منه لأنه غريم للغاصب، فله طلب غريم غريمه بما وجد عنده، ويرجع ببقية ديْنه على من كان عليه في الأصل. وهذا اختيار **ابن المواز**. وذهب **سحنون** إلى أن اختيارَه طلبَ القاتل وعدولَه عن الغاصب إبراءٌ للغاصب، فليس له أن يرجع على الغاصب بما بقي عنده من القيمة اللازمة له يوم الغصب. واحتج **سحنون** بأن الغاصب لو باع العبد، فأجاز بيعه وأخذ الثمن، فإنه ليس له مطالبته بتمام القيمة. وكذلك لو أخذ القيمة، فليس له المطالبة ببقية الثمن.

وهذا الاحتجاج فيه نظر، لأنه إذا أجاز البيع سقطت مطالبته بحكم الغصب، وإذا أخذ القيمة يوم الغصب فإنما باع الغاصبُ ملكَ نفسه، ومن باع ملك نفسه لم يطالَب بشيء من ثمنه.

ولو ابتدأ صاحبُ العبد بطلب الغاصب، وكانت قيمته يوم الغصب أقل من قيمته يوم القتل، فإنه فيه، أيضاً، قولان:

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حِرْزٍ ولو.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: إخراجِه.

(3) هكذا، ولعل الصواب: يَتْبَعَ.

أحدهما أنه لا يرجع على القاتل بما فضل عنده من قيمته يوم القتل، بل يرجع بذلك/ الغاصبُ الذي أُغرِم القيمةَ يوم الغصب، وإذا أُغرِمها يوم الغصب صار القتل وقع على ملكه، فله قيمته.

وذهب **أشهب** إلى أن ما فضل عند القاتل، لصاحب العبد أن يأخذه، وإن كان قد استغرم الغاصبَ القيمةَ يوم الغصب. قال: لأن الغاصب لا يربح.

وقد وقع **لابن القاسم** في كتاب السلم مثل هذا في الوكيل إذا تعدّى فأُغْرِمَ: إنه لا يربح.

ولو كانت الجناية على العبد، وهو في يد الغاصب، إتلافَ عضو منه، فإن الأمر جارٍ على ما قررناه من الخلاف، فإنْ أحبَّ صاحب العبد أن يأخذ عين عبده، فإنه لا يغرِّم الغاصبَ قيمة الجناية، على المشهور من المذهب، في الجناية إذا كانت ليست من قِبَل الغاصب، وعلى ما خرجناه من قول **سحنون** له أن يغرِّم الغاصب.

وإذا كانت قيمة الجناية يوم الغصب خمسةً، وعلى هذا وقع تقويم العبد، وأخذ صاحب العبد جميع قيمة العبد لسائر أعضائه، ووجدنا قيمة الجناية يوم جنى الجاني عشرةً، فإن الغاصبَ الغارمَ لجميع القيمة يوم الغصب إذا أخذ من الجاني عشرةً، فإنه/ يختلف في الخمسة الزائدة على ما قوم عليه يوم الغصب، هل تكون للغاصب، لأنه لما غرم القيمة ملك العبد فكانت قيمة الجناية له، أو يقال: إنه لا يربح، فتكون هذه الخمسة لسيِّدِ العبد؟

وهذا، من تدبر ما قلناه، فيما يلزم الغاصبَ غرامتُه أوْ لا يلزمه، عرف منه ما فصلناه هاهنا.

والجواب عن السؤال السابع عشر[1] أن يقال:

---

(1) هذا جواب على سؤال لم يُذكر في تعداد الأسئلة.

اختلف الناس في الغاصب هل يضمن منافع الشيء المغصوب أو لا يضمن؟

فذهب **الشافعي** إلى أنه يضمن سواء استوْفى المنافعَ من الشيء المغصوب، أو لم يستَوْفِها ولكنه عطَّلها.

وذهب **أبو حنيفة** أنه لا يضمن المنافع، سواء استوفاها أو عطلها، قولاً مطلقاً.

وإن مذهبنا (ففيه اختلافاً)[1] عن **مالك** وعن أصحابه رضي الله عنهم، وذلك على قسمين:

أحدهما أن يستوفي المنافعَ ولا يعطلها.

والثاني ألاّ يستوفي منافع الشيء المغصوب بل عطله.

فأما إن استوفى المنافع، فبعض شيوخنا يحكي أن في المذهب خمسة أقوال:

أحدها: أنه يغرم المنافع التي استوفاها، سواء كانت منافع ديار أو عقار، أو منافع حيوان، وغيرها من ضروب المتملَّكات، باع المنافع، وأخذ أثقالها[2]، أو انتفع بها/ في نفسه، ويقول: إنها رواية عن **مالك**، رواها **أشهب** وابن **زياد**. ورواية أخرى عنه أنه لا يضمن شيئاً من ذلك. ورواية ثالثة عنه، رواها **أبو الفرج**، وهو أنه يضمن منافع الدواب والرقيق، ويغرم العوض عنهما الذي أخذه ولم يحاب فيه في القيمة.

وأما إن تولّى ذلك لنفسه، بأن ركب واستخدم، لا يضمن، ولا غرامة عليه للمنافع. **وابن القاسم** روى عنه رابعة: روى عنه في **المدونة** أنه لا يضمن

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فيه اختلافٌ.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أَثْمانها.

ما اغتلّ أو انتفع به في نفسه في الدواب، والرقيق، ويضمن ما انتفع به من غلة البقر والإبل والغنم.

وذكر قولاً خامساً عن **ابن المعدل**: إنه لا يغرم قيمة غلّة الحيوان.

وهذا الذي ذكرناه عن **ابن القاسم** إنه قال، في كتاب الغصب: إنه لا يغرم غلة الدواب والرقيق. وقال، في كتاب الاستحقاق من **المدونة**: إنه يغرم ذلك.

ومن المتأخرين من يقول: إن المذهب على أربعة أقوال، ويحكى ما ذكرناه على حسب ما ذكرناه، إلا ما نقلناه عن **ابن المعدل** فإنه لم يحكِهِ.

وتحقيق القول عندي في هذا أن الشيء المغصوب، إن كان رَبْعاً، فإنه اختلف قول **مالك** فيه، والمشهور عنده[1] أن الغاصب يغرم عوض المنافع، سواء انتفع بها بنفسه، بسكناه، أو زراعته فيها، أو أكراها من غيره. هذه الرواية المشهورة المعروفة عندي، وعليها جمهور أصحابه لكن **ابن القصار** ذكر في كتابه أن الشيخ **أبا بكر الأبهري** حكى له أن هناك رواية/ أن الغاصب لا يغرم عوضاً عمّا سكن بنفسه أو أكراه. ونقل بعض أشياخي عن كتاب **ابن القصار** أن فيه رواية عن **مالك** أنه لا يغرم غلّة شيء، من رَبْع أو غيره، قولاً مطلقاً.

و**ابن القصار** لم أقف في كتابه إلا على ما نقلته عنه من قوله: إن الشيخ **أبا بكر الأبهري** حكى لي أن هناك رواية بأن الغاصب لدار لا يرد غلّتها لأجل ضمانه. ولكن إذا قال في هذه الرواية: إنه لا يردّ غلّتها لأجل ضمانه، والدار من العقار الذي يُؤْمَن هلاكُه، وضمانُه يبعُد لبعد تغيّره، فأحرى ألا يردّ غلّة الحيوان لسرعة تغيّره الموجب لضمانه.

فصار في غلة الديار قولان:

المشهور منهما أن الغلة للغاصب، وأن عليه عوض ما انتفع به أو أكراه في الديار والعقار.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: عنه.

وأما غلة الإبل والبقر والغنم فالظاهر من المذهب أنها تلحق بالعقار لا بالرقيق والدواب.

واعتذر عن هذا بعض المتأخرين بأن غلاتها تحدث/ بالطبع والحِيلَة[1] سواء أراد ذلك الغاصب أو لم يرده، لأن الصّوف تنبت، واللبن يحدث، أراد الغاصب ذلك أو لم يرده بخلاف ما لا يصحّ به الانتفاع إلا بفعل الغاصب، كركوبه الدابة، واستخدامه العبد.

وهكذا اعتذر أيضاً بعض المتأخرين عمّا رواه **أبو الفرج** من كون الغاصب للرقيق والدواب يضمن غلة ما أكراه من ذلك، ولا يضمن ما انتفع به من ذلك بنفسه، لأجل[2] أعواض المنافع إذا أخذها صارت كعين كأنه غصبها فعليه ردّها كالصوف واللبن، يفارق ذلك استهلاكه المنافع لنفسه لأنه لم تحصل في يديه عين قائمة.

وأما إذا لم يستوْف المنافع ولكنه عطّل الشيء المغصوب، فقد حكينا عن أبي حنيفة أنه لا يوجب عليه غرامة في استيفائه المنافع فكيف إذا عطلها؟ ذلك أحرى[3] لا يجب عليه عوضها لأجل التعطيل.

وذكرنا عن **الشافعي** أنه يوجب عليه غرامة ما عطل منها، كما يوجب عليه غرامة ما استوفاه منها.

وأما نحن، إن قلنا: يجب عليه غرامة ما استوفاه منها، فهل يغرم عوض ما عطل منها؟ فيه قولان: المشهور الذي عليه الأكثر أنه لا يضمن قيمة ما عطل منها. وقد تقدم كلامنا على هذا في تضمين الغاصب هل يقاس ذلك على ما أتلف أوْ لا يقاس عليه؟ وأجرينا عليه الاختلاف في تضمين الغاصب نقص الأسواق.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الجبلّة.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الأوضح إضافة: أنّ.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة: أنْ.

فاعلم أن سبب الخلاف التعلق بظواهر من القرآن: فمن يجعل الغلة للغاصب يقول قال الله تعالى: ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾[1] **وهو إذا ردّ العين المغصوبة فلا يكون عليه غرامة لقوله: ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾**[١] وهذا قد أحسن إذا رد العين.

وقال أصحاب المذهب قال تعالى: ﴿**إنما السبيل على الذين يظلمون/ الناس**﴾[2] **وهذا الغاصب ظالم، فيجب أن يكون عليه سبيل، وهو الغرامة لما ظلم فيه من إتلاف المنافع.**

والتعلق بمثل هذا ضعيف، لوجوه لا تكاد تخفى عمّن قرأ أصول الفقه.

لكن اختلاف المذهبين لأجل التعلق بظاهرين وقعا في حديثين عن النبي عليه السلام هو أوْلى ما تُعلِّق به. فمن لم من[3] تغريم الغاصب عرض[٢] المنافع التي أتلف قال: هو ضامنٌ الأعيانَ التي وقع بها الانتفاع، وقد قال عليه السلام: «**الخراج بالضمان**»[4] **والغاصب ضامن. والخراج هو الغلة فلا يجب عليه غرامتها/ على ظاهر هذا الحديث، لأجل ضمانه.**

وقد أجاب عن هذا أصحاب المذهب الثاني بأن قالوا: هذا الحديث، وإن كان عموماً، فقد خرج على سبب، وذلك أن **عمر بن عبد العزيز** ترافع إليه خصمان في عبد، اشتراه فاغتله المشتري، ثم رده بعيب. فقال **عمر بن عبد العزيز**: يرد المشتري غلته معه. فقال له مخلد بن حفاف وعروة قالا: إن عائشة قالت: **إن النبي عليه السلام قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان.** وهذا، وإن كان اللفظ عاماً، فإنه خرج على سبب، وهو الرد بالعيب، والمشتري مالك لما اشتراه، ومباح له التصرف فيه، وله أن يقبل العبد بعينه[5]

---

(1) التوبة: 91.

(2) الشورى: 42.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يَرَ. . . . عِوَضَ.

(4) تقدم تخريجه.

(5) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بعيبه.

فيكون الخراج له، لأنه حدث عما يملكه بالحقيقة، والغاصب أخذ منافع ما لا يملكه، ولا يحل له التصرف فيه، فلا يصح أن يقاس على المشتري إذا ردّ بعيب، لما بيناه من الفرق بينهما، مع ذهاب بعض الأصوليين إلى أن العموم إذا خرج على سبب قُصِر العموم عليه، واختص الحكم بالسبب، ولم يتعد إلى غيره. مع أن حديث **عائشة** رضي الله عنها (لم تنقل القضية التي قضى بها النبي عليه السلام قضى في مثلها هذا)[1].

وهذا أيضاً فيه تنازع بين أهل الأصول. لكن قد روي عن **أبي هريرة** أنه قال: إن النبي عليه السلام قال: «**الخراج بالضمان**» ولم يذكر **أبو هريرة** سبب هذا الحديث عليه[2]. فعلى رواية **أبي هريرة** أيبطل[3] ما اعترضنا به حديث عائشة رضي الله عنها.

وتعويل شيوخنا المحققين، واختيارهم أن الغاصب يرد الغلات في أيّ جنس كان، لأنه، كما وجب عليه ردّ العين، وجب رد منافعها لأجل أن الأعيان لا يملكها على الحقيقة إلا الله تعالى، وإنما تباع وتشترى منافعها، والأعيان لا يصح تملكها، لكن وقعت المعاوضة عنها لأجل أن المنافع لا يصح تناولها إلا من الأعيان، وهذه عهدة قاطعة.

وقول أصحاب **أبي حنيفة** لا نسلّم أن المنافع مما لا يُتموّل، استدلالاً منهم بأن المال مما يتموّل. وإنما يصح التمول فيما/ يدخر للحاجة إليه، والمنافع لا يتصور فيها هذا، مع أن المريض له أن يهب منافع نفسه في مرضه/ فيبني داراً لإنسان، أو يعمل له منفعة قيمتها تزيد على ثلث ماله.، فلا يُمكّن الورثة من طلبه بشيء من قيمتها.

وكذلك لا مقال للغرماء في هبة منافعه، ولا يباع/ ذلك عليه إذا فلس.

---

(1) هكذا في النسختين.

(2) هكذا في النسختين، والأوْلى حذفها.

(3) في (مد): هل يبطلُ؟.

وهذا الذي قالوه غير صحيح، لأن أخذ الابدال والاعراض[1] إنما يصح فيما يتمول، ومنافع الأعيان مما يصح العقد عليها بعوض، كما للإنسان أن يؤاجر عبده، ويكري داره. فلولا أنها مما يتموّل لم يصح عقد الإجارة فيهـا.

وبعض أصحاب **أبي حنيفة** سلم أنها مما يتمول، ولكنه منع من وجه آخر، وهو كون الغصب لا يتصور، كما منع **أبو حنيفة** من تصور الغصب في الديار، لأن الغصب إزالة يد المالك بيد الغاصب، والمنافع تعدم عند وجودها فلا يصح استيلاء ربها عليها. فكذلك لا يصح استيلاء الغاصب عليها. ولا يتصور أيضاً فيها الإتلاف، إن لم يصح الاستيلاء عليها، لأن ما يتلف ما صح بقاؤه، والمنافع أعراض تنعدم، ولا يحتاج انعدامها إلى أن يغرمها الغاصب.

وهذا الذي قاله كله تخييل لا تعلق له بمسألتنا. والذي يقطع الشغب فيه مناقضتهم بعقد الإجارة على المنافع. وجميع ما اعتلوا به من هذه العلل في كون المنافع لا يضمنها الغاصب موجود في عقد الإجارة عليها.

وإذا تقرر ما ذكرناه من الاختلاف في ضمان المنافع بأن الولد ليس بغلة، فيجري فيه مجرى الخلاف الذي قدمنا في ضمان الغاصب للغلات.

هذا المنصوص عليه عند جميع أهل المذهب. لكن تأول بعض المتأخرين من الأشياخ تخريج خلاف فيه من المسألة المشهورة في كتاب الرد بالعيب من قوله: إن من اشترى أمة فولدت عنده، واطلع على عيب يوجب تمكينه من ردها، وقد حملت عند المشتري وولدت، فإن الولادة تنقصها، وهذا النقص عيب حدث عند المشتري، ومن اطلع على عيب كان عند البائع، وقد حدث عنده عيب، فإنه، إن اختار الرد فإنه لا يرد حتى يغرم قيمة العيب الحادث عنده.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الأعواض.

وهكذا قال في **المدونة** في المسألة التي أشرنا إليها، لكنه شرط في الجواب أن لا يكون الولد في قيمته ما يُجبَر به عيب النقص الذي حدث بسبب الولادة.

وهذا لا يصح إلا أن تكون الولادة غلة للمشتري. وإذا كان له ملكاً لكونه غلة يستحقها بضمانه للأم، صحّ أن يدفعه في قيمة نقص الولادة. ولو كان ليس بغلة ولا يملكه المشتري، بل هو كعضو من أعضائها، لم يُجبَر به نقص الولادة.

واعتُرِض هذا التخريج بأن قيمة عيب الولادة إنما يقضى فيه بمقداره من الثمن الذي دفع المشتري للبائع، لا بعرض يدفعه عوضاً عن هذا العيب. وهاهنا قد دفع الولدَ، وهو كعرض من جملة/ أملاكه عوضاً عن دنانير وجبت عليه قيمةَ عيب نقص الولادة. وأُلزِم البائعُ قبولَ ذلك منه. وهذا خلاف مقتضى/ الأصول.

وينفصل الآخرون عن هذا الاعتراض بأن هذا العيب سببه الولادة، والولد عنه يكون، فكأنه إنما جبر الشيء بنفسه، والأصل بفرعه، وكأنه نقص اقتضى زيادة، فَمَحَتْ الزيادة النقص حتى عادت الجارية لم يدخلها نقص. ويجبر نقص الولادة بقيمة الولد. قال **أبو حنيفة** وبكونه لا يجبر عيب الولادة قال غير **ابن القاسم** من أصحاب **مالك**.

وقد اعتمد من لم يره غلة على الاتفاق على أن الولد يتبع أمّه في الرق والحرية. فابن الحرة حرّ، وإن كان زوجها عبداً، وابن الأمة عبد وإن كان أبوه حراً.

وهذا قد يقدح فيه بأن هذه أحكام شرعية، فلا يقاس عليها غيرها من أحكام الضمان والإتلاف والتعدي، فإن هذه أحكام عبادات، وما نحن فيه

أحكام جنايات وغصوبات، ألا ترى أن الشرع خالفه[1] هذا في الأديان فجعل حكم الولد تابعاً لأبيه في الدين. فإن كان مسلماً، وأمه نصرانية، فالولد مسلم. وإن كان نصرانياً، والأم مسلمة، كان نصرانياً، في المشهور من مذهبنا. وإن كان عندنا فيه اختلاف.

ومما يلحق بهذا المعنى غاصب بيضة فحضنها تحت دجاجة، فانشقت عن دجاجة، فإن **أشهب** جعل الدجاجة التي خرجت من البيضة للغاصب للبيضة، وعليه بيضة مثل الذي غصب. وخالفه **سحنون** ورأى أن الدجاجة الخارجة من البيضة لصاحب البيضة.

والجواب عن السؤال الثامن عشر[2] أن يقال:

لا يخلو من وطئ امرأة، وقد غلبها على نفسها، إما أن تكون حرة أو أمة:

فإن كانت حرة، فإن عليه الحدّ باتفاق. واختلف فقهاء الأمصار في إلزامه صداق مثلها. فأوجب ذلك **مالك والشافعي**. وأسقط عليه صداق المثل **أبو حنيفة**.

وسبب هذا الاختلاف في إلزامه الصداق مع حدّه، قد اتُّفق على أنه لو وطئها بطوع منها، فإنه لا يلزمه صداق مثلها. كما اتفق على أنه لو وطئها بعقد فاسد فإن عليه الصداق المسمى، أو صداق المثل، على ما فصل في كتاب النكاح، لأجل[3] الزنى يقتضي إسقاط الصداق، والوطء بشبهة يقتضي إثبات الصداق. . فاعتبر **أبو حنيفة** وطء الرجل، فلما رأى أن الحدّ واجب عليه أسقط عنه الصداق، إذ ثبوت الحدّ ينفي الصداق. ولما رأى **مالك** رضي الله عنه، و**الشافعي** أن المرأة لا حدّ عليها، ونفي الحد/ يقتضي ثبوت الصداق، أوجب

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: خالف.
(2) هذا جواب عن سؤال لم يرد في قائمة الأسئلة.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة: أنّ.

لها على الواطئ الصداق. والأصول تقتضي اعتبار حالِ من أُوجِب عليه الحد، لا من وَجَب له، والصداق هاهنا إنما يجب للمرأة باعتبار حكم وطئها أوْلى من اعتبار حكم وطء الزوج.

وهذه المسألة إنما أوردناها هاهنا لتعلقها بما فرغنا منه آنفاً لمّا ذكرنا أن **أبا حنيفة** يرى أن المنافع إذا تلفت عن غير عقد ولا شبهة عقد فإن مُتلفها لا يغرِمها. ولهذا رأى أن الغلات/ للغاصب كما ذكرنا مذهبه. وأن **الشافعي** يراها للمغصوب منه.

وهكذا في أحد أقوال عندنا، أوجب **مالك** وأصحابه في وطء المستكرهة الصداق، وإن كانت منافع الفرج قد أتلفها الواطئ من غير عقد نكاح ولا شبهة نكاح.

وأبو حنيفة يعتمد على ما ذكره أهل الأصول في كتبهم من أن التعليل والقياس إذا أدّى لفساد الوضع لم يقبل، كما كنا قدمناه في كتاب الطهارة من أن من يرى تكرير مسح الرأس، قياساً على الوجه، فإنه لا يصح له هذا القياس، لأجل أن الرأس فُهم من الشرع أنه خفّف الحكم فيه بأن جعل في الوضوء مسحه، والوجه غسله، وتكرير مسحه قياساً على الوجه تثقيل، ولا مناسبة بين التثقيل والتخفيف في حكم واحد، وما هو في معنى الحكم الواحد. وكذلك في مسألتنا، فيقول: إن الحد يرتفع بالشبهات، وضمان الاتلافات يجب بالشبهات، فلا يجتمع في حكم واحد ما يثبت بالشبهة وما ينتفي بها، فالحد يدرأ بالشبهة، والضمان يثبت بالشبهة، فلا يصح اجتماعهما في مسألة واحدة. وقد اشتهر الحديث الصحيح بأنه عليه السلام «**نهى عن مهر البغيّ**»[1] **بتشديد الياء، ويروى بتخفيفها، والمراد بهذا النهي عن مهر الزنى.**

والجواب عن هذا أن الزنى في مسألة المستكرهة في حق الواطئ لا في حق الموطوءة، لأنها ليست بزانية، ودليل ذلك سقوط الحد عنها، ونهيه عليه

(1) جزء من حديث. انظر: فيض القدير: 6:328. حد 9456.

السلام عن البغي فيما يكون الواطئ والموطوءة فيه زانيين جميعاً.

وكذلك الجواب عن تعلقهم بأنه تزوج بالمهر اقتضى جميعاً[1] بين ضربين: بين ما يدرأ بالشبهة كوطء أحد الشريكين، وما يثبت بالشبهة وهو ضمان الوطء. إلى غير ذلك من المسائل التي تصور فيها هذا، فإنا نقول الذي يستحق المهر المرأة والذي يجب عليه الحد واطؤها، فكان هذا[2] حكمان في شخصين أو في مسألتين.

وقد احتج/ **الشافعي** لنفسه، بأن قال، بأن الواطئ في نكاح فاسد يلزمه الصداق، مع كون الزوجة راضية بالوطء، فإلزام الصداق في مسألة المستكرهة، التي وطئت بغير رضاها، أحرى وأوْلى. وقال بعض أصحابه لو وطئها بطوعها لم يجب الصداق، إذا[3] كانا زانيين، ولو وطئها بوجه شبهة لوجب الصداق. وإذا وطئها مستكرهة اختص كل واحد منهما بحكم نفسه، من[4] غير زانية، فلها الصداق. وهو زان فعليه الحد.

واعلم أنه قد ورد في الشريعة اختلاف أحكام في فعل واحد، ألا ترى أن من قتل صيدا غير مملوك، وهو في الحلّ، فعليه جزاؤه، ولو قتل صيداً مملوكاً، وهو محرم، كان جزاؤه حقاً للبارى سبحانه، وعليه مع هذا غرامة ثانية، وهي قيمته يغرمها لمالكه. فصار في الفَعْلة الواحدة غرامتان حق لله سبحانه، وحق للمخلوقين.

وكذلك من قتل إنساناً/ خطأ، فعليه دية لأهله، وعليه كفارة القتل حق لله سبحانه، فهما حقان اختلف سببهما.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: جمْعاً.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: هذان حكمين.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: إذ.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فهي.

فكذلك لا يستنكر وجوب الحد على هذا الواطئ، ووجوب غرامة الصداق.

ولا يُعترض هذا بأن قتل العمد لا يجتمع فيه القصاص وإيجاب الدية، لأنهما حقان يستحقهما ولي القتيل على البدل لا مجموعين، والقتل فعل واحد وله بَدَلان قصاص ودية، فلا يجتمع البدلان جميعاً عوضاً عن مُبدَل واحد.

ويجري على أسلوب هذه المسألة مسألة قطع يد السارق حدًّا للسارق، وتغريمه لِما سرق. فعند **الشافعي** أنه يقضى عليه بالقطع، الذي هو حد السرقة، وبغرامة المال الذي سرق.

وعند أبي حنيفة أنه إذا قُطِع لا يغرِم ما سرق، ولا يجتمع عليه الحد والضمان، كما قال في وطء المستكرهة: فإنه يحد ولا يغرم صداق المثل، لأنه لا يجتمع أيضاً حدّ وغرامة.

وكل واحد من هذين الإمامين جعل حكم وطء المستكرهة وثبوت الحد على الواطئ مثلَ اجتماع قطع يد السارق وتغريمه ما سرق، فقال[1] واحد منهما في المسألتين بحكم واحد فيهما.

ومذهبنا نحن، في المشهور عندنا، أنه لا يتبع بالغرامة لما سرق إذا قطعت يده، إلا أن يكون موسراً متصل اليسر، على ما يبسط في موضعه إن شاء الله تعالى.

وكذلك سنتكلم في كتاب الحدود على وطء الرجل لأجنبية أُكرِه على/ وطئها، فإن في حده اختلافاً: فذهب **مطرف وسحنون** إلى إثبات الحد عليه واعتل سحنون أنه لا يتأتى منه الوطء إلا إذا أنشر وأنعظ، والإنعاظ لا يصح الإكراه عليه، بخلاف المرأة أنها إذا أكرهت على التمكين من فرجها إكراهاً لا تقدر على مدافعته، فإنها لا تحد بغير خلاف. وهذا إذا ثبت إكراه المرأة على

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة: كلّ.

التمكين من وطئها بشهادة بيّنة عاينوا ذلك، فإنه يقضى لها بالصداق، ويحد واطؤها، ولا يقبل في ذلك أقل من أربعة شهود، وإن قصُر عددهم عن الأربعة حُدُّوا حدّ القذف، ثم يكون القضاء لها بالصداق أو القضاء عليها بسقوطه، يؤخذ حكمه من التفصيل الذي نذكره.

فاعلم أن المرأة إن لم يشهد الشهود بمعاينة وطئها مغلوبة على ذلك، وإنما شهدوا بمعاينة إدخالها البيتَ أكرهت على ذلك، وخَلاَ بِها المكرِه، فخرجت فادعت الإصابة فإنه يقبل هاهنا شهادة رجلين، لأنهما لم يشهدا لمعاينة الزنى فيكونان كَقَذَفَةٍ، وإنما شهدا بصفة حالٍ اقتضت العوائدُ أنه يدل على أنها وطئت، فإذا خرجت، وقالت: وطئني، صدّقت مع يمينها. وأُجري ذلك مجرى إرخاء الستور على الزوجة وادعت الوطء، فإنها تصدق لدلالة العادة أن الخلوة على حال إنما يقصد بها الوطء، يوجب تصديق الزوجة، ولشهادة العادة بصدقها. فأما إن لم تشهد بينة بالوطء اغتصاباً ولا حملها للخلوة بها اغتصاباً، وإنما جاءت متعلقة برجل/ زعمت أنه وطئها، فإن المعتبر في هذا دلالة قرائن الأحوال، ففي أي الجنبتين ثبت الدليل قضي بتصديق من شهد له هذا الدليل: إمّا الرجل المدعى عليه ما ذكرناه، أو المرأة المدعية لذلك. وإنما[1] افترقت الأدلة في الجانبين استعمل الترجيح، على حسب ما يعرفه الأصوليون والفقهاء من الترجيح عند تعارض العلل والاستدلالات الظنية.

هذه النكتة التي يدور عليها ما نذكره من تفصيل الأحوال وسبب الخلاف بين العلماء.

واعلم أنها إذا دلت الدلالة على كذبها حتى وجب أن تحد حد الفِرية، لقذفها من تعلقت به، فإنه لا يجب لها صداق على الإطلاق. وإن انتفى الحد عنها فقد يجب الصداق في حال، ولا يجب في حال. فإن تعلقت برجل به/ ما ادعت به عليه، فإن مالكاً صرف ذلك إلى اجتهاد القاضي. وكأنه لم يحسن عنده

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: إذا.

إطلاق القول بتصديقها في دعوتها طلب الصداق، والأحسن عنده إطلاق القول بإسقاطه، لأن ما بني على قرائن الأحوال، التحقيق فيه اعتبارُ قرائن الأحوال في كل نازلة بعينها، وقد تكون قرينة في شخص،[1] آخر ولا تدل على مثل ما دلت عليه. ولهذا يقول أهل الأصول إن قرائن الأحوال المثمرة للعلم لا تنضبط بخط ولا لفظ.. وكأن أصحاب **مالك** رضي الله عنهم رأوا أن تتبّع كل نازلة بعينها والالتفات إلى قرائن أحوالها ضرب من القضاء بجزئيات لا تنحصر ولا تنضبط، وقد يقع فيها الغلط من بعض الحكام ولو أن إثبات قاعدة أجبتم[2] لموارد الغلط، ولكنهم اختلفوا في هذه القاعدة، **فابن القاسم** يرى أنها لا يقضى لها بالصداق. وذكر هذا أيضاً عن **مالك**. وكأنه رأى أن الأصل براءة الذمة من الغرامة إلا بإثباتات توجب الغرامة، وليس هاهنا سوى دعوة المرأة عليه مالاً، والمال لا يقضى فيه بالدعوى، وليس كون الدعوى تشبه دلالةً على تصديق المدعي.

ورأى غيره من أصحاب **مالك** أنها يقضى لها بالصداق، إذ ليس من قبل المدعى عليه ما يدل على كذبها، ومن قبلها ما يدل على صدقها من مقتضى العادة، إذ لا تتهم امرأة أن تفضح نفسها وتضيف إليها الزنى لتستوجب بذلك صداقاً، ولعل الصداق مما يقلّ قدره، ولعلها (مما لا يحلّ)[3] قدرها.

وكان بعض أشياخي يلتفت إلى ما أشرنا إليه من اعتبار ارتفاع قدر المرأة وجلالة منصبها.

واختلف هؤلاء الموجبون لها الصداق هل يقضى لها بذلك بيمين أو بغير يمين؟ وهذا على ما كنا قدمناه مراراً في شهادة العادة في التداعي: هل تقوم

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة: وفي شخص.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أَحْسَمُ.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ممّن يَجِلّ.

مقام شاهد واحد، أو مقام شاهدين؟ فمن أقامها مقام شاهد واحد استحلف المدعي معها.

وأما إن ادعت ذلك على رجل عدل صالح لا يليق به ذلك ففيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أنها تُحَدّ له حدّ القذف.

والثاني: أنها لا تحدّ له حدّ القذف.

والثالث: أنها إن كانت تدمي لم تحد، وإن كانت ثيباً حدّت حدّ القذف.

وهذا الاختلاف/ لما قدمنا تنبيهاً عليه، وذلك/ أن صلاحه يوجب تصديقه، وفضيحة نفسها توجب تصديقها، فأي القرينتين أولى أن تقدم؟ هذا سبب الخلاف، وإن كان أصبغ، في ذهابه إلى القول الثالث، رأى أنها إذا كانت دمي[1]، صار معها دليلان ما تلطخت به من العار والفضيحة، والدم الشاهد على الافتضاض. وإذا كان معها دليلان كان ذلك أوْلى من اعتبار صلاح الرجل وليس ذلك إلا دليلاً واحداً.

وأما الحد لحق الباري سبحانه الذي هو حد الزنى، فلا يجب عليها لما بلغت إليه من فضيحة نفسها. (وأيضاً فإنها بها أشد حاجة إلى قذفة زوجته بالزنى لينفي عن نفسه النسب وجُعلت أيمانه الأربع مقام الشهادات)[2]. وهذا أيضاً له مدخل في تعليل سقوط القذف عنها في بعض هذه الفروع التي ذكرناها.

وأما لو كان هذا الاستكراه وطء أمة، فإن عندنا أنه لا يلزم فيها صداق مثلها، كما ذكرنا ذلك في الحرة، وإنما يلزم فيها ما نقص، على ما ذكرناه في كتابنا هذا في غير هذا الموضع، وذكرنا ما فيه من اختلاف في المذهب وتعليل.

ومما يلحق بما نحن فيه من الضمان المتعلق بالإكراه أن من هُدِّد بالقتل

---

(1) هكذا في النسختين، والصواب: تدمي.

(2) هكذا في النسختين.

إن لم يقتل رجلاً مسلماً، لا تحل إراقة دمه، فإنه لا يحل له ذلك، إذ لا يفدي نفسه بإتلاف نفس رجل آخر. فإن فعل وجب عليه القصاص، وفي المكره له والآمِر له بذلك، مِمّن لا يقدر على مخالفته، اختلاف: هل يجب عليه القصاص أم لا؟

ولو هَدَّد رجل رجلاً بالقتل، أو بإتلاف عضو، على أن يأخذ مال رجل فيحرقه أو يغرقه، ففعل ذلك، فإنه يضمن هذا المال، لأنه وَقَى به نفسه، فلزمه غرامة ما وقى به نفسه من مال غيره.

ولو هَدَّده بذلك، على أن يأخذ مال رجل فيحمله إلى الذي هدده بالقتل، فإن المأمور لا يضمن ما حمل من ذلك إلى الغاصب، وإنما يطلب بذلك من صار المال في يده ظلماً. ذكر **ابن سحنون**، في كتابه، هذين السؤالين، فحكى عن أبيه، في السؤال الأول، أنّ يتلف[1] المال يضمنه. وذكر عن نفسه في السؤال الثاني أن المأمور لا يضمن.

ولا يتحقق بينهما فرق إلا كون المحرق أو المغرق لمال غيره باشر التلف بيده، ولم يحصل للمهدّد له بذلك غير الأمر، فصار كالسبب الملجئ إلى التلف، وإذا اجتمع في الإتلاف مباشر للتلف وسبب في التلف كان المباشر أوْلى بالتضمين. والمأمور بأن يحمل مال رجل إلى الآمر له بذلك قد هدده،/ إن عصاه، بأن يفعل به ما ذكرناه، لم يباشر التلف، وإنما يتلفه الذي حصل في يديه، فصار إلى صاحب المال مرجع بغرامة ما حصل في يديه.

وهذا كله يجري على ما وقع في المسألة المشهورة التي ذكرناها في كتاب الرجوع عن الشهادات، في شاهدين شهدا عند القاضي/ بما يوجب قتل رجل مسلم، فلما قتله رجعا عن الشهادة، هل يقتصّ منهما أوْ لا يقتص؟ فيه الخلاف المشهور الذي ذكرناه، وهو كاختلاف[2] في المكره لغيره على أن يقتل رجلاً.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: مُتْلِفَ.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: كالاختلاف.

وكذلك لو هُدّد رجل بالقتل إن لم يقطع هذا الرجل المهدّد يد نفسه، فقطعها، ففيه اختلاف أيضاً: هل له أن يقتص من المكرِه له على ذلك فتقطع يده به أمْ لا؟

والجواب عن السؤال التاسع عشر[1] أن يقال:

إذا ادعى رجل على رجل أنه غصبه شيئاً، وأنكر المدعى عليه، فإن القول قول المدعى عليه، قياساً على سائر الدعاوي في الحقوق. إلا أن يقيم عليه بينة فيقضى بموجب شهادتها. وقد ذكر في **المدونة** في المدعي على رجل أنه غصبه سلعة، فأنكر ذلك، فشهد للمدعي شاهدان، أحدهما شهد بأن السلعة، التي ادعاها من زعم أنها غصبت منها[2]، ملك لهذا المدعي، وشهد آخر أنه عاين غصْب هذا المدعى عليه لها من يد المدعي، فذكر أن هاتين الشهادتين لا تلفَّق، إحداهما إلى الأخرى. وإنما قال ذلك لأن الشهادتين إنما تلفَّقان إذا استوت معانيهما، واتفقت موجباتهما. والذي شهد بالملك لو انفرد لم يُقضَ للمدعي بما شهد به له الآخر[3] يحلِف مع شهادته. ولا يقتصر في اليمين على شهادته، وأنه صادق فيما شهد به، إلا بأن يضيف إلى ذلك ما باع ولا وهب.

أو[4] انفرد الشاهد بالغصب لحلف المدعي على أنه صادق في شهادته، ولم يلزمه أن يضيف إلى هذا أنه ما باع ولا وهب، لأنه إنما شهد بالحوز، وكون الشيء المغصوب بيد المدعي، فأخذه المدعى عليه من يده بغير اختياره.

وهذا لا يتضمن الشهادة بالملك لأن رؤية الشيء في يد مَن هو في يديه زمناً قليلاً لا يدل على أنه مالكه، وإنما يدل على أنه مالكه طول السنين الكثيرة، ولم يَرِد مدع في هذا الذي حازه الحائز ولا نوزع في ذلك، وشاهد تصرفه فيه تصرف المالك، ويستمع دعواه أنه لنفسه، وملك له، ولا أحد ينكر ذلك. فقد

---

(1) هذا جواب عن سؤال لم يرِدْ في قائمة الأسئلة.

(2) هكذا في النسختين، والصواب: منه.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة: حتى.

(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وَلَوْ.

صار في الشهادتين اختلاف في هذين المعنيين، فلهذا لم يلفقهما[1].

على أنه إن تعقب هذا بأن الحوز، وإن[2] لم يبطل، فإنه يقضى/ برد الشيء لحائزه، والشهادة بالملك تقتضي ذلك أيضاً. لكن يتصور الخلاف بين الشهادتين من الوجه الآخر، وهو صفة اليمين مع اختلاف حكم الشهادة بالملك والشهادة بالحوز، كما بسطنا القول فيه في كتاب الشهادات من كتابنا هذا. وأيضاً فإنه قد يتصور الاختلاف بين مقتضى الشهادتين من وجه آخر، وهو أن هذه السلعة لو حدث بها عيب في يد آخذها من يد من كانت في يديه، فأراد من أُخذت منه أن يضمّن آخذَها قيمة العيب، فإن الشهادة بالغصب/ توجب له ذلك، لأن الغاصب يضمن ما حدث عنده، والشهادة بالملك لا تقتضي ذلك، لأن المالك يجوز أن يكون باع ما يملك، أو وهبه، فلا يضمن ما حدث من غير جناية. وقد ذكر في **المدونة** أن أحد الشاهدين بالملك لو انضاف إليه شاهد آخر، فشهد بأن (هذا الأرض حيز فلان الشهادتين تلفقان)[3] ويقضى له بما ادعاه من غير يمين. ولو كان المراد بقوله: إنها حوْزه، لأن ذلك كان كما يحوزه، لكان هذا مناقضاً لما ذكره في المسألة التي فرغنا منها، (ولكنه تول على أن المراد بقوله إنها ملكه فهذا لفق الشهادتين)[4].

وإذا لم يجد المدعى شاهداً بالغصب ولا بالملك، ولكن أتى بدعوى مجردة، فإنه يعتبر هاهنا حال المدعى عليه، هل هو من الأفاضل، والعدول، وأهل الورع، الذين تدل شواهد حالهم على كذب المدعى عليه[5]، فإن **ابن القاسم** أسقط اليمين عن هؤلاء، لكون الدعوى الأشبه[6]، وعاقب المدعي

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: تُلَفَّقَا.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب حذف الواو.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: هذه الأرض حَوْز فُلان [فإن] الشهادتين تُلَفقان.

(4) هكذا في النسختين.

(5) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: المدَّعي.

(6) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: مِمّا لا يُشْبه.

لكونه أضاف إليهم معائب تحطُّ أقْدارهم. وقال أشهب: يحلف المدعى عليه الغصبَ على كل حال. وكأنه رأى أن قصد (الادا والانتقاض)[1] إنما يتصور فيمن أضاف إلى فاضل أنه سرق مالاً لإنسان، ولا منفعة له في هذه الدعوى فعلم، بذلك أنه قصد الانتقام والإيذاء. فأما إن ادعى (نفسه فيه ضرورة إلى ذلك)[2] ويمكن أن يكون قال حقاً دعته الضرورة إلى ذكر هذا الانتقاص. ألا ترى أن الله سبحانه أوجب على قاذف المحصنات المؤمنات حد الفرية، ولم يوجب ذلك على الزوج إذا أضاف إلى المرأة أنها زنت ينتفي[3] الولد عنه، لأجل حاجته وضرورته إلى ذكر هذا، واكتفى في نفي الحد عنه بيمينه الأربع مرات على صدق دعواه.

وأما إن كان الرجل المدعَى/ عليه بالسرقة من أوسط الناس أو مجهول الحال، فإنه لا يعاقب المدعي عليه بالسرقة، لأن هذه الدعوى لا يبلغ إنقاصها مبلغَها في انتقاص الأفاضل والصلحاء، مع كونه مضطراً إلى صيانة ماله بالدعوى.

وأما إن كان المدعى عليه مشهوراً بالتسلط والظلم والغصب والتعدي فإنه لا يعاقب المدَّعِي عليه الغصبَ لكون ما عرف من غصبه وظلمه يقوّي دعوى المدعي. وله أن يستحلفه، وللحاكم أن يهدّده، ويعاقبه لعله أن يُخرِجَ ما غصبه. وهذا الضرب والتهديد إنما يتضح القول به إذا قلنا: إن من ضُرب ليُخرج حقًّا كتَمَه، فأخرجه، فإنه يؤخذ بإقراره لأن سوء حاله، وما علم من ظلمه، مع إخراجه ما غصبه لو[4] سرقه على حسب ما ادُّعِي عليه به، كدليلين دلاّ على أنه ما أقرّ إلا بما عنده مما ادُّعِي، كما لو أقر وهو آمن.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الإيذاء والانتقاص.

(2) هكذا في النسختين.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لينتفي.

(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أو.

وقد اختُلف في هذا الأصل عندنا على ثلاثة أقوال:

فقيل: من ضربه القاضي ليقر بحق عنده لغيره، فأقر به، فإنه لا يؤخذ بإقراره، ولو/ عيّن الشيء المدعى عليه به.

وقيل: بل يؤخذ بإقراره إذا عيّن الشيء أو لم يعينه، وهو اختيار **سحنون**، قال: وإنما يعرف هذا من ابتلي بالقضاء.

والقول الثالث: إنه إن أخرج عيْن ما ادُّعي عليه به بعد تخويفه وضربه، أُخذ ذلك منه، وإن كان إنما ادُّعي عليه بشيء صار في ذمته، ؛يأخذ له)[1]، كدنانير أو دراهم ادُّعي عليه بعْضُها، فإن ذلك لا يقضى عليه به حتى يقر آمناً، لأنه لم يحصل هاهنا سوى دليل واحد، وهو ما علم من ظلمه وسوء حاله. بخلاف إذا أخرج العين المدَّعَى عليه بها، فإنه يحصل من ذلك أمارتان على صدق المدعى عليه[2]. وهذا إذا كان التهديد والضرب والسجن فعل ذلك بحكم شرعي، وأما مَن هدد وضرب، ظلماً وعدواناً، ليقر، فإنه لا يلزمه إقراره.

ولو ادعى رجل في دار، بيد غاصب مشهور بالغصب، أنها له، لم يُقض له بمجرد دعواه. ولو أثبت أنها ملكه، فزعم من هي في يديه أنه اشتراها منه، ودفع إليه الثمن، فاعتذر المالك بأنه إنما باعها ضرباً[3] خوفاً منه، وأقر بقبض الثمن لأجل مخافته منه أيضاً، والذي الدار في يديه المدعي بشرائها مشهور بالظلم والتعدي والتسلط، فإن القول قول من ثبت له الملك: أني ما بعت منه إلا مخافةً، وما أقررتُ بالثمن إلا مخافة.

ولو عاينت البيّنة قبض صاحب الدار ثمنها مِمّن زَعم أنه باعها خوفاً منه، لوجب عليه إذا نُقِض البيع ردُّ الثمن،/ لمعاينتهم لفظه[4] له.

---

(1) هكذا في النسختين، والأوْلى حذفه.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بها.

(3) هكذا في النسختين، والأولى حذفها.

(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: قبضه له.

ولو ادعى أنه استرده منه سرّاً، لم يقبل دعواه، وهذا لأن معاينة البينة لقبض الثمن يوجب عليه الردَّ، ودعواه ما يُسقط ما أوجبه، الظاهر لا يقبل منه.

واستحسن **سحنون** أن يُشهِد في السرّ على أنه إنما فعل ما ظهر من البيع لأجل مخافته مِمّن أَخَذ الدار منه. لكنه جعل لهذه الدعوى حكماً بين حكمين، فقالوا لو بنى هذا الظالم المشهور بالتعدي ينافي[1] هذه الدار، لم يُمكَّن من أُخِذت منه من أخذها إلا حتى يدفع قيمة البناء قائماً. ولو شُهِد له أنه أُكرِه على بيعها لكان له أن يعطي قيمة البناء منقوضاً.

وإذا وجب ردّ الدار لم يجب ردّ الغلة، فجعله كمن اغتلّ داراً وبنى فيها بوجه شهبة، إذا لم تثبت حقيقة الغصب، وجعله في أخذ الدار منه ونقض البيع كمن ثبت عليه الغصب.

ولا يتضح فرق في هذا إلاّ أن يجعل الاختلاف بين المدعِي والمدعَى عليه كالشبهة في إمكان صدق المدعَى عليه. ومن اغتلّ بوجه شبهة فإنه لا يردّ الغلة، ولا يؤخذ منه ما بناه إلا بقيمته قائماً، بخلاف أخذ عين الدار منه لأجل أن المدعِي قد أثبت ملكه فيها، وشككنا في هذا الملك هل يسعه أم لا؟ واستصحبنا حال ما ثبت من الملك، فلهذا رددنا الدار ليد المالك. وأما ما بناه هذا/ الظالم المتعدي فإن ذلك في يده، ونحن على شك في صدق المدعي أو المدعى عليه، فاستصحب حالة ملكه البناءَ، فلم يُخرَج من يديه إلا كما تخرج الأملاك إذا استحقت.

تم كتاب الغصب

(1) هكذا في النسختين، والصواب حذفها.

كتاب الحجر والتفليس

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

صلى الله على سيدنا ومولانا محمد وسلم

كتاب الحجر والتفليس

قال القاضي **أبو محمد عبد الوهاب** رحمه الله تعالى:

المستحق عليهم التحجير[1] ضربان: ضرب يستحق عليهم لحقوقهم، وضرب آخر لحقوق غيرهم.

فالمستحق عليهم لحقوق غيرهم[2] ضربان: صغار وكبار. فالصغار ذكور وإناث. وهم نوعان: عقلاء وغير عقلاء.

فمن له أب يحق[3] الحجر عليه لأبيه. فإن عدم فوصيّه، ثم وصي وصيه. فإن لم يكن له[4] وصي فالحاكم.

ثم هم نوعان: عقلاء وغير عقلاء.

فغير العقلاء يستدام عليهم الحجر إلى أن يعقلوا. والعقلاء ضربان: أصاغر وأكابر.

---

(1) في م والغاني: الحجر.

(2) في م والغاني: لحقوقهم

(3) في م والغاني: فحق

(4) ساقطة في م والغاني

والأصاغر[1] يستدام عليهم الحجر حتى يبلغوا ويؤنس منهم الرشد، فحينئذ يفكّ عنهم الحجر. وذلك في الغلام بأن يُعرَف منه إصلاح ماله وحفظه، وتأتّيه لتنميته، والتحرّر من تبذيره وإضاعته، وإنفاقه في وجوهه. ولا تراعى عدالته في دينه أو فسقه إذا كان مصلحا لماله.

وأمّا في الصغيرة فيُرَاعَى مع البلوغ وإصلاح المال أن تتزوج ويدخل بها الزوج.

وحدّ البلوغ في الذكور ثلاث علامات، وفي النساء خمس.

فالثلاثة التي يجتمعون فيها: الاحتلام، والانبات، والانتهاء من السنّ إلى ما يعلم بالعادة بلوغ من انتهى إلى مثله.

وقال أصحابنا: [2] مثل ثماني عشرة سنة وما قاربها.

وما يزيد به الإناث على الذكور شيئان: الحيض والحمل.

وأمّا الأكابر فمن كان منهم مبذرا لماله مضيعا له. ابتدئ عليه الحجر، كان ذلك لعجز عن اصلاحه أو تعمّد لإضاعته في شهواته.

ولا يحجر عليهم إلا الحاكم، ولا ينفذ حجر إلاّ بحكم.

وأمّا المحجور عليهم لحقوق غيرهم فأربعة زوجاتٌ ومرضى وعبيد ومفلسون.

فأمّا الزوجات، فكل امرأة ذات زوج فليس لها أن تتصرف في مالها، فيما زاد على ثلثها، بهبة أو صدقة أو عتق وكلِّ ماليس بمعاوضة، إلا بإذن زوجها.

[فإن فعلت] الأمر إلى الزوج إن أجازه جاز وإن رده فسخ جميعه. وقيل:

(1) في م والغاني: فالأصاغر.

(2) في م والغاني: إلى مثل.

ما زاد على الثلث. ثم ليس لها التصرف في بقية المال الذي أخرجت ثلثه، ولها ذلك في مال[1] طرأ لها بعد.

ثم ذكر بعد ذلك بقية الأقسام[2].

قال الفقيه االامام رحمه الله:

«رأينا هنا أن نملي أحكام الحجر وبيان من يحجر عليه، مجموعا مبيّنا جنسه وأنواعه، ونختم أنواعه بنوع الحجر على المفلس، ونتبعه بمسائل المديان والتفليس.

فيتعلق بهذا الفصل الذي أورده القاضي **عبد الوهاب** خمسة عشر سؤالاً منها أن يقال:

1) ما معني الحجر وأنواعه؟

2) وما الدليل على وجوب الحجر على السفهاء؟

3) وهل يحجر على البالغ العاقل السفيه؟

4) وما حقيقه السفه الموجب للحجر؟

5) ومتى زمان ابتلاء اليتيم؟

6) وصفة ابتلائه؟

7) وهل يقف الحجر والاطلاق على الحكم بذلك أو على وجود العلة المانعة الموجبة للحكم؟

8) وما المعاني التي يعلم بها الحجر؟

9) وهل يثبت البلوغ بعلامة عليه؟

---

(1) في م والغاني: في مال آخر إن...

(2) هكذا. ولعله كلام مقحم في النسختين (و)، (مد)

10) وهل يكتفي بحصوله؟

11) وهل تردّ عقود السكران/ لكونه لا يدبر المال؟

12) وهل يحجر على المغمور؟

13) وهل يحجر على المرتدّ؟

14) وهل يحجر على الزوجة؟

15) وهل يحجر على المفلس؟

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال:

أمّا الحجر فمعناه في اللغة المنع والحرز، ومنه قوله تعالى: ﴿**يوم يرون الملائكة لا بشرى يومئذ للمجرمين ويقولون حجرا محجورا**﴾[1].

وهو يتنوع، في مقصدنا في هذا الكتاب، إلى المنع من تمكين مالك المال منه، وإلى تمكينه منه ومنع تصرفه فيه.

ويتنوع المحجور عليهم إلى نوعين: أحدهما من يحجر عليه لحق نفسه ونظرًا لهم، وهم ثلاثة:

1) من لم يبلغ الحلم، ذكرا كان أو أنثى.

2) ومن بلغ مجنونا، ذكرا كان أو أنثى.

3) ومن بلغ سفيها، ذكرا كان أو أنثى.

فهؤلاء الثلاثة يمنعون من أموالهم، ويحجر عليهم فيها نوعَا الحجر، وهما: منعهم من أخذ المال، ومنعهم من التصرف فيه، وذلك لحق أنفسهم ونظرًا لهم لا نظرًا لأحد سواهم.

---

(1) الفرقان: 22

ولما كان من ذكرناه يعدم النظر لنفسه في هذا عدما كليا، كالمجنون أو عدم انتقاصٍ عن الكمال، كالصغير والسفيه، نظر الشرع لهم فأمر الآباء والأوصياء والحاكم بالنظر لهم صيانة لأموالهم التي بصيانتها قوام حياتهم وحفظ عيشهم.

وقد نبه الله سبحانه على هذا التعليل، فقال: ﴿**ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قيما**﴾[1]. فنبه على أن بها قوام الحياة، إذ الحياة لاتثبت إلاّ مع الغذاء، والغذاء لا يتوصل إليه إلا بمال، فإضاعة مالهم كإضاعة حياتهم.

والثاني: من يحجر عليه لحق غيره، وهم من يملك رقبة من في يده المال، كالسيد مع عبده، فإن له أن يأخذ ما في يده ويمنعه من التصرف فيه، أو يبقيه في يده ويمنعه من التصرف فيه. فإن شئت عبّرت عن هذا بأن تقول: من يملك ما في يد من يحاول الحجر عليه، على القول بأن العبد غير مالك. أو تقول: من يملك ما في يديه إن شاء، أو يرجى له أن يملك عَين ما في يد من يحجر عليه، كالمريض مع ورثته: فإنهم وإن لم يكونوا ملكوا أعيان ما في يديه لمرضه، فإنهم يُرجى لهم ملك عين ما في يديه.

وكذلك أيضا المرتد مع المسلمين: فإنهم وإن لم يستحقوا إلّا[2] أعيان ما في يديه، فإنهم يُرجى لهم ذلك إذا لم يرجع إلى الإسلام. وعلى القول الشاذ عندنا أن المرتد إذا عاد إلى الإسلام لم يرجع إليه ماله، يلحق هذا بمن ملك الآن عين ما في يد المحجور عليه، كما قلناه في العبد، أو من يملك الانتفاع بما في يد من يحجر عليه، كالزوج مع زوجته، أو يملك ذمة من يحجر عليه وهم الغرماء مع من فلسوه.

وهذا آخر التنويع الذي ذكرناه. فحصل من هذا أن الذين يحجر عليهم لحق غيرهم أربعة:

---

(1) النساء: 5.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب حذف: إلا.

أحدهم: من يملك عين ما في يد المحجور عليه.

والثاني من يملك الإنتفاع بما في يد المحجور عليه.

والثالث: من يُرجى له أن يملك عين ما في يد المحجور عليه

والرابع: من يملك ذمة المحجور عليهم.

على الجملة دون التفصيل، فإنهم يختلفون في التفصيل على ما يذكر كل فصل في موضعه إن شاء اللّه.

والجواب عن السؤال الثاني

أن يقال:

قد قدمنا أن المحجور عليهم لحق / أنفسهم ولإصلاح مالهم ثلاثة:

1) الصغير 2) والمجنون 3) والبالغ العاقل السفيه.

فأمّا الحجر على من لم يبلغ، الأصلُ فيه قوله تعالى **﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قيما وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا. وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم﴾**[1]. / **فنهى تعالى عن دفع المال إلى من كان صغيراً، لكنه في إفراط صغره قد عدم النظر لنفسه، ومع مراهقته ناقص النظر لنفسه. فعلق الدفع ورفع الحجر بشرطين وهما: البلوغ وإيناس الرشد.**

وقال تعالى: [2] **﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده﴾** فنبّه على وجوب صيانته عليه حتى ينتقل إلى حالة من يصون ماله بنفسه.

ولا خلاف بين العلماء في ذلك، كما لا خلاف بينهم في كونه إذا بلغ

(1) النساء: 65

(2) الأنعام: 152

مجنونا لا يدفع إليه ماله، لمشاركة الصغير في علة المنع من الدفع، بل المجنون أولى بالمنع من الدفع من المراهق، لكونه عَدِمَ العقل بالكلية، ولحق بالبهائم.

وأمّا إن كان بلغ وهو عاقل: فمذهبنا ومذهب **الشافعي** أنه لا يزول الحجر عليه إلاّ أن يؤنس منه الرشد ومذهب **أبي حنيفة** أنه بالبلوغ والعقل يرتفع عنه، ولكن دفع ماله إليه يوافقنا عليه، ويرى أنه ممنوع منه حتى يؤنس منه الرشد، فإن كان أراد أن الحجر يرتفع عنه بالبلوغ والعقل فيما يتعلق ببدنه ونفسه، فكذلك نقول نحن، إذ لا يتهم عاقل سفيه أن يلقي نفسه بالمعاطب المهلكة له، ويتهَّم في المال أن يتلفه في الشهوات الفاسدة. وإن أراد به يمنع من القبض دون التصرف بالبيع والشراء بالقيمة، فنحن نخالفه في هذا، ونرى أنه لا تمضي عقوده إلاّ أن يمضيها عليه وليه.

وهم يقولون إن منعه إذا بلغ عاقلا ولم يؤنس منه الرشد من قبضه لماله، إنما هو على جهة الاحتياط. فإن بلغ عاقلا وأنس منه الرشد عقيب البلوغ، فلا خلاف بين العلماء في أنه يرتفع عنه الحجر في قبضه لملكه وفي تصرفه فيه.

وإن بلغ عاقلا سفيها وتمادى على سفهه، وله أربع وعشرون في عمره، فإنه لا خلاف أيضا في أنه لا يدفع إليه ماله.

وإن بلغ خمسا وعشرين سنة وهو سفيه، فجمهور العلماء: **مالك والشافعي** وغيرهما، على أنه لا يدفع إليه ماله. وانفرد **أبو حنيفة** فقال: يدفع إليه ماله.

والذي قاله الجمهور سبق إلى النفس (بأَدْنَى وخيالٍ صحته، إذ لا فرق بين سنه أربع وعشرون تمضي من عمره ولا سنة غير ست وعشرون ولا خمس وعشرون التي أخذها)[1] **أبو حنيفة** وأقامها مقام الرشد، مع العلم بسفهه/

---

(1) هكذا في و، م. والأقرب للصواب: بأدْنى خيال... بين مَن سنُّة... ولا مَن سنّهُ... التي أخذَ بها.

وتبذيره الذي هو علة الحجر عليه في سنه أربع وعشرين في عمره عندنا وعنده وعند سائر العلماء.

والتحديد بخمس وعشرين هاهنا كالتحكم من غير معنى، ومناقضة المعنى المخيل، وهو كون السفيه المبذر إذا تلف ماله، فقد عدم ما هو قيام له، كما قال تعالى، والعلة مقطوع بكونها لا يفترق وجودها وحصولها/ في سنة أربع وعشرين أو خمس وعشرين.

وإذا تحقق ذلك وتيقن، وكان السفه علة في الحجر، فرفع الحكم مع وجود علته كالتناقض. وهذا واضح، ولا خيال يتحقق في نصرة مذهبه سوى تعلق بظواهر غير مقصود فيها بيان حكم الحجرَ وعلته، كقوله تعالى ﴿**ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده**﴾.

فدليل هذا عندهم أنه إذا بلغ أشدّه سلم إليه ماله على أيّ حال كان: سفيها أو رشيدا، لأن ما بعد حرف الغاية الذي هو «حتى» نهاية إلى أن لا يُقرَب ماله. وما بعد حرف الغاية يخالف ما قبله. فهذا تعلق ليس بصريح بما يُفعل بمالِه إذا بلغ الأشدّ وكان سفيها، بل يجب أن يرد هذا إلى الإجمال الذي ما بُيّنَ بيانا جليا، من ذكر الشرطين المعلق بهما دفع المال، وهما: بلوغ النكاح، وإيناس الرشد، كما قال تعالى. وكذلك قوله تعالى: ﴿**فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم**﴾ بعد ذكره بلوغ النكاح. فوجب أن يعتبر الشرط الذي هو إيناس الرشد عقيب البلوغ، لكون الفاء للتعقيب في قوله تعالى: ﴿**حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا**﴾ فدلّ هذا الخطاب على أنه إذا طال الأمد بعد البلوغ لا يعتبر الرشد. وهذا أيضا لا يقابل وضوح العلة في منع الدفع لأجل السفه، وإن العلة متساوية في سائر السنين مع أن الفاء هاهنا ليست للتعقيب، بل هي لتعليق جملة بجملة. وإنما تكون للتعقيب بغير مهلة في العطف على ما بيناه في كتاب الأصول.

وقول أبي حنيفة: إن ابن خمس وعشرين سنة يصلح أن يكون جداً، لكونه

قد يبلغ الإنسان وهو ابن اثنتي عشر سنة، وتلد زوجته في ستة أشهر. فيكون هذا الولد يلد أيضا بعد أن تمضي اثنتا عشرة سنة ونصف. فيكون الأول جداً، وأنا أستحي أن أحجر على جد.

وهذا ليس بشيء يعول عليه، وإنما هو إشارة إلى استبعاد كون الإنسان يصير جداً وهو باق / على السفه.

ونحن نسلم له أن هذا نادر في العادة، ولكن مع ندوره إذا تحققنا السفه فلا يبطلون بها العلم المحقق، ووجودها في النادر كما هي في الغالب.

وكذلك، تخيلهم أن سنّ البلوغ ثماني عشرة سنة، وهي حد لوجود العَقل الطبيعي المعتدل.

وأشار الشرع إلى سبع سنين تمضي من العمر لكون ما بعدها مبدأ التفطن لما يستحسن ويستقبح، وينهض مقدار ما في الصِّبَى من عقل إلى الشوق إلى تدبير نفسه. فإذا أضيف هذا الانتباه من العقل والتفطن إلى ثمانية عشر، بلغ العدد خمسا وعشرين سنة، فلم يحسن منعه من ماله.

وهذا أيضا خيال بعيد (كتخيل الشرع وضع)[1] هاهنا في غير المقصود الشرعي. ولاَخَفاء في سقوط مثل هذا.

وكذلك إن تعلق بقوله تعالى «**فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم**» وقوله «رشدا» نكرة في إثبات والنكرة في الإثبات لا تكون عموما على الشمول. وإنما تكون عموما على البدل، كقوله تعالى ﴿**إن الله يأمركم أن تذبحوا بقرة**﴾[2].

فمقتضى هذا، لو اقتصر عليه، أن الامتثال يحصل بأيّ بقرة شاؤوا.

---

(1) هكذا، والأقرب للصواب: (كتخيّل وضع الشرع).

(2) البقرة: 67.

وبخلاف العموم في تكرار النفي، فإنما يُحمل على الشمول والاستعياب فإذا حصل رشدٌ مّا حسن معه دفع المال.

والعقل يسمى رشدا. ألا ترى إلى (قول قوم لوط)[1] «**أليس منكم رجل رشيد**» . ولم يرد هاهنا بالرشد صيانة المال، وإنما أراد هاهنا العقل المقبح إلى[2] إتيان الذكران دون ما خلقه الباري تعالى للوطء وكثرة النسل، وأن ترك الإناث اقتصارا على الذكران من الجهل والإسراف كما قال تعالى فيهم «**تجهلون**». والجهل ضد العلم، وإن كنا لا نرى العقل يحسن ولا يقبح، وإنما ذلك من جهة الشرع، وأمّا من جهة الطباع والعوائد، فإنه يحسن ويقبح.

قالوا: فإذا حصل رشدٌ مّا وهو العقل، وجب رفع الحجر.

وهذا أيضا غير مسلم، لأن المراد هاهنا بالرشد الذي[3] تبذير المال. وقد قال تعالى: «**ولا تؤتوا السفهاء**» ثم عقب ذلك بقوله «**فإن آنستم منهم رشدا**» يريد ما هو ضد السفه ورافع له. فوجب حمل الكلام عليه مع أنه يقتضي قوله «**فإن آنستم منهم رشدا**» أنه إذا لم يؤنس رشدا فلا يدفع إليهم المال. فيصير دليل الخطاب هاهنا نكرة في النفي، وهي بخلاف كونها في الإثبات/ على ما عرف في كُتب الأصول.

ثم إنهم إن جعلوا بلوغ خمس وعشرين سنة هي حدّ الدفع للمال، فلماذا أمروا قبلها إذا صح الرشد، وإن كان العلة حصول الرشد في جواز الدفع، فلماذا أباحوا الدفع في الخمس وعشرين سنة مع عدم الرشد ووجود السفه؟

والجواب عن السؤال الثالث

أن يقال:

---

(1) هكذا في النسختين، والأقرب: قول (لوط إلى قومه).

(2) هكذا في النسختين، والأوْلى إسقاط إلى.

(3) هكذا في النسختن. ولعل الأقرب: المنافي.

قد قدمنا أن مذهب أبي حنيفة في أن السّفه وإن كان علة في الحجر، فإنها علة لا تطرد. ولأجل هذا قال في السفيه إذا بلغ خمسا وعشرين سنة: إنه يرتفع الحجر عليه، لما قدمناه عنه من التعليل.

والدليل الذي منع هذه العلة من الاطراد ومذهبه الذي يضاف إليه في الأصول، أن العلة الشرعية لا يبطلها تخصيصها، خلافا لحذاق أهل الأصول.

وأما قبل الخمس وعشرين سنة. فإنه يثبت الحجر على من حجر عليه قبل بلوغه، واستدام السفه والتبذير.. لكن ظاهر مذهبه المنقول عنه في كتاب الخلاف أنه إنما يحجر على من تقاصر عمره عن الخمس وعشرين من السفهاء على أن لا يدفع إليه مال، لأن الحجر نوعان: حجر منع من أخذ المال. وحجر منع من التصرف فيه. لأن وجود العقل يثبت استئمان التصرف. والملك يثبت القبض لما ملك والحوز له. ويثبت التصرف فيه.

فأمّا أحد نوعي الحجر وهو المنع من أخذ المال، فيوافقنا عليه فيمن تقاصر عمره من السفهاء عن خمس وعشرين سنة. ويشير إلى أن هذا المنع منع احتياط.

وأمّا التصرف في المال، بالعقود بالبياعات والأشرية والإقرارات، فإن ظاهر ما نقل عنه أنه لا يحجر على السفيه فيه، ويرى أن المنع من أخذ المال قصارى ما فيه إلحاق السفيه بالفقير الذي عدم المال.

وأمّا من منعه من التصرف فيه، فيلحقه بالبهائم التي يستحيل منها التصرف، وهذا مستبعد، ولا يستبعد التشبيه/ بحال الصغير.

ونوقض في هذا بأن المنع من أخذ المال حسيّ مشاهد. وأمّا المنع من التصرف فيه فأمر ليس بحسيّ، وإنما هو إخبار عن حكم الشرع أنه أبطل عقوده وبياعاته، مع أن الحجر على السفيه يُقطع على أن ذلك إنما كان نظرا له، لِمَا عَدِم من النظر لنفسه. ومنْعُه من المال وإطلاقُ تصرفه فيه كالمتناقض، لأنه

بالتصرف فيه يقع في إفساده المال، فلا معنى للتفرقة.

وإذا تقرر هذا وهو تذييل لما قدمناه في المسألة التي قبل هذا: فإن من لم يُطلع على تبذيره إلا بعد بلوغه وعقله، فإنه يرى أيضا **أبو حنيفة** أنه لا يبتدأ بالحجر عليه. وتابعه على هذا من أصحابه **زفر** وحده. وأمّا صاحباه المشهوران به: **أبو يوسف ومحمد بن الحسن**: فإنهما خالفاه في هذا، واتبعا الجماعة: **مالكا والشافعي وابن حنبل وإسحاق والأوزاعي** وأهل **المدينة** وأهل **الشام** في ذهابهم إلى أنه يبتدأ الحجر على الكبير إذا سفه.

وما قدمناه في صدر المسألة من كون **أبي حنيفة** يجوز تخصيص العلة الشرعية، حملت على هذا المذهب، فأباح ترك السفيه البالغ الذي لم يتقدم عليه الحجر على الإطلاق، ومكنه من تصرفه في ماله، ومنع أن يؤخذ من يديه.

(والجماعة إذا منع منهم تخصيص العلة كان ذلك كافيا عنده في الردّ على **أبي حنيفة**)[1]

ولكن تعلقوا بأن طائفة من الصحابة، رضي الله عنهم، ذهبوا إلى الحجر على الكبير السفيه. وذكروا قصة **عثمان وعلي**، رضي الله عنهما، لما اشترى عبد اللّه بن جعفر أرضاً سبخة بستين ألف درهم، فرفع ذلك **علي** رضي الله عنه إلى **عثمان بن عفان**، وقال له: احجر على **عبد الله بن جعفر** لأنه اشترى أرضا سبخة بستين ألفا. وقد كان **عبد الله بن جعفر بن أبي طالب** شارك فيها **الزبير** فصارت بينهما نصفين. فقال **عثمان لعلي** رضي الله عنهما: كيف أحجر على من شريكه **الزبير**؟

فلولا أن **عليا وعثمان** يذهبان إلى الحجر كما طلب **علي** من **عثمان** ما خالف الشرع، ولَمَا كان جواب **عثمان** له أن يقول: شريكه **الزبير**. إشارة إلى أن

(1) هكذا في النسختن. ولعل الأقرب: . . . لما منعوا التخصيص . . . عندهم.

ذلك يدل على ارتفاع الغبن، ولكان جوابه أن يقول له: لا يصح الحجر على الكبير.

وقد عكسواهم هذا فقالوا: آخر الخبر يقتضي ما قلناه لأن **عثمان** امتنع من الحجر، ولو كان ذلك جائزاً له واجبا عليه لما تركه.

وهذا يجابون عنه بأن **عثمان** يمكن أن يكون لما رأى الغبن لما صار بين اثنين قلّ مقداره عن المقدار الذي يرد من التغابن، أو يكون احتقر الغبن، وقد قيل عنه: مرّ بها فقال: هذه الأرض ما أشتريها بنعلين. ولعل **الزبير وعبد الله بن جعفر** يعتقدانِ غلط **عثمان** في التقويم لها. وقد ذكر أيضا أن **عبد الله بن الزبير** لما اتصل به إكثار **عائشة** رضي الله عنها من العطايا والصِّلات فقال: لتنتهينّ أو لأحجرن عليها.

فاتصل بها، فأقسمت ألاّ تكلمه، فأتى إليها معتذرا فقبلت عذره، فأشار أصحابنا إلى أن هذا كالإجماع الذي لا ينبغي أن يخالف، لا سيّما/ على طريقة من ذهب من الأصوليين إلى أن الصحابي إذا قال قولا وانتشر في الصحابة فلم ينكره أحد منهم، فإن ذلك حجة/ لا يسوغ خلافها.

واحتج أصحابنا أيضا بقوله تعالى **﴿يا أيها الذين أمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾** إلى قوله **﴿فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أولا يستطيع أن يملّ هو فليملل وليه بالعدل﴾**[1].

فجعل تعالى للسفيه وليًّا يملل عنه، ومعناه يقرّ عنه بما باع عليه أو اشترى، بمنزلة المكاتبة المذكورة في أول الآية فدلّ ذلك على أن السفيه لا تمضي أفعاله ولا معاملاته، وإنما يمضي عليه من ذلك ما فعله وليه.

وقد قالوا هاهنا: إن السفيه هو المجنون. فقيل لهم: بل السفيه هو المبذر، والضعيف هو الصغير، والذي لا يستطيع أن يملّ هو المجنون.

---

(1) البقرة 282

فهذه الثلاثة ألفاظ حَمْلُ كل واحد منها على فائدة أَوْلى من حملها على فائدتين، وهما: الصغير والمجنون. وكذلك إن قالوا: إن أول الآية يدل على ما قلناه لأنه تعالى قال: ﴿**يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمّى**﴾[1] يخاطب سائر المؤمنين، والسفيه من المؤمنين.

فأسند تعالى المداينة إليه، فدلّ على جواز القضاء بها عليه.

وهذا يجاوبون عنه بأن ما ذكره في آخر الآية من استثناء هؤلاء الثلاثة أخرجهم عن عموم الخطاب الأول.

والعموم إذا تعقّبه تخصيص أواستثناء وجب المصير إليه.

فإن قالوا: إن السفيه قد اتفقنا على أن إقراره على نفسه بما يوجب الحدّ أو العقوبة يؤخذ به، فليكن المال كذلك.

قيل لهم: العاقل لا يتهم في أن يقر بباطل يؤدي إلى قتله، ويتهم في أن يقرّ بما يؤدي إلى إتلاف ماله لغرض له في ذلك لا يقع في مثله العقلاء الرشداء.

وكذلك إن قالوا: فإنه لو صرح بأن ما يعقده في المستقبل مفسوخا[2]، وكان رُشيّد، لم يؤخذ بهذا القول.

فتصرف الإنسان في ماله أبسط من تصرف غيره. وكذلك لا يؤثر قول الحاكم: أبطلت عقوده من المستقبل) وكيف يحل ما لم يعقد ويبطل ما لم يوجد؟

فيقال لهم: إنما يتسلط الحكم على أن عقوده لا تلزمه. وهذا معنى يتصور قبل العقد، كما يتصور بعد العقد فسخ العقد لكونه غير لازم.

فإذا تقرر أن السفيه الكبير يستأنف الحجر عليه، فإن المذهب على قولين

---

(1) البقرة 282

(2) هكذا، والصواب: مفسوخ.

في صفة السفه الذي يوجب الحجر عليه:

فمذهب **ابن القاسم** أن السفه الذي يمنع السفيه أن يُعطى ماله إذا بلغ يوجب أيضا استئناف الحجر عليه إن كان كبيراً مهملا.

ومذهب **أشهب** أن استئناف الحجر لا يسوغ/ إلا بثبوت سفه ظاهر بيّن.

وكأن ابن **القاسم** رأى أن السفه في الصورتين جميعا، الموجب لتمادي الحجر والموجب لاستئنافه، لا يفترقان لكون الحكم متساويا والعلة واحدة.

وكأن **أشهب** رأى أن الحجر إذا لم يتقدم استئنافه بالانتقال من انسحاب الحال لا يثبت إلاّ بأمر بيّن، لا سيّما مع مراعاة الخلاف لمذهب **أبي حنيفة** في قوله: لا يستأنف الحجر على الكبير.

والجواب عن السؤال الرابع

أن يقال:

إذا انكشف للمتأمل وجه المصلحة في الحجر على السفيه، انكشف له حقيقة السفه. وذلك أنّا قدمنا أن المال به حفظ الحياة وقوامهما. كما نبه الله سبحانه في كتابه/ بقوله ﴿**ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قيما**﴾[1]. ومن لا يحسن إمساكه وتدبيره، ويبيعه من غير عوض صحيح حتى يعود محتاجا إلى ما يحفظ الحياة به، ولا يجده، ولا ينظر لنفسه، نظر الشرع له بإقامة من ينظر له.

فحقيقة السفه على هذا: تبذير المال وإتلافه.

وقد جعل الله سبحانه للإنسان دارين:

داراً عاجلة وهي الدنيا، يحتاج إلى تدبيرها وإصلاحها، ودار الآخرة التي

(1) النساء: 5

يحتاج أيضاً إلى زاد يستعده لها وهو صلاح دينه.

فأمّا صلاح الدنيا وتدبيرها، فلا خلاف أنه معتبر في حقيقة السفه والرشد.

واختلفت عبارات أهل المذهب عنه:

فقيل: هو إحراز المال وصيانته عن التلف والتبذير.

وقيل: يضاف إلى هذا كون المالك له يحسن تثميره وتنميته.

وينظر فيهما: فإذا اجتمع في تدبير دنياه كونه محتاطا على المال صائنا له عن التلف والتبذير، وكونه منميا له ومثمرا له، لكونه يحسن التجر به ويتحرز في المعاملات من الغبن المتلف له، فإن هذا هو حقيقة الرشد من تدبير الدنيا بلا خلاف.

فإن انحلّ أحد الوصفين، فإن كان الانحلال في جهة إمساكه وصيانته وحفظه، حتى يعتقد فيه أنه إذا سلم إليه أضاعه وأتلفه، فإنه لا يسلم إليه بلا خلاف على الجملة عندنا وعند **الشافعي**، على حسب ما قدمنا ذكره فيما سلف.

وإن كان انحلاله من ناحية كونه لا يحسن التجر به، فهذا الذي اختلفت فيه اشارات المذهب:

فكأن من اعتبر هذا الوصف. اعتقد أن المال إذا أمسكه للإنفاق خاصة من غير أن ينظر في تنميته، ويعرض عنها مع تأتّيها وإمكانها لِهَوان المال عليه، فإن ذلك يُفني المال ويلحقه/ بمن لا يحسن صيانة المال وحفظه.

وكأن من ذهب إلى كون هذا الوصف لا يشترط يقول: إنا إذا منعناه من المال، وأقمنا له قابضا له، فإنه لا يلزم القابض للمال، من أب أو وصي أو مُقام، أن يتجر له به، وإنما تلزمه صيانته عليه وحفظه من التلف.

فإذا استوى الحال بينه وبين من يكلف حفظ هذا المال، كان إبقاؤه في يد مالكه أولى.

وهذا ينبغي عندي أن يلتفت فيه إلى اختلاف حال كثرة المال وقلته، وتحقق الفائدة فيه، وقوة الظن بحصولها وضعفه.

فإذا كان المال قليلا يفنيه الإنفاق عن قرب، ووجد من ينميه حتى يربح ما يحفظ رأس المال، ويكون المُقام يحسن التجارة فيأباه، فإنه لا يسلم إليه لأن هذا عنوان فساد تدبيره. وكذلك إن كان جاهلا بتنميته، فإن مشاحته في عدم التنمية من غير إظهار غرض صحيح عنوان سوء التدبير.

وأما الوصف الآخر وهو حسن تدبير الدين وما يعود بصلاح الآخرة، فإن المذهب عندنا على قولين:

أحدهما أن ذلك ليس بشرط في حصول الرشد، بل يكتفى بإصلاح الدنيا، وإن أفسد أموره في الآخرة.

وقد قال **ابن المواز** في الرشد: هو أن يحرز المال وينميه ويكون صالحا في دينه، ولا ينفقه في المعاصي، وهكذا نص * عليه **الشافعي** أنه يعتبر كونه صالحا في دينه كما قال بعض أصحابنا. لكنه غلا في ذلك حتى شرط في صلاح الدين أن يكون عدلا مقبول الشهادة، وهذا فيه تضييق شديد ولا يكاد معه أن يخرج من الحجر إلا آحاد.

وأكثر سكان الأمصار في هذا الزمان لا تقبل منهم إلا شهادة آحاد وهو على غاية من حسن تدبير دنياه، لا سيما إن كانت المعاصي التي تخرجه عن العدالة وقبول الشهادة لا تعلق بينها وبين المال، ولا تأثير لها فيه، كالإكثار من الكذب، وشهادة الزور، وعقوق الوالدين، أو قتل النفس فإن هذه الكبائر لا تأثير لها في صيانة المال ولا تنميته، ووجودها لا يناقض علة الحجر على اليتيم كما قدمناه. لكن إن كانت معاصي تؤثر في المال، كإنفاقه في شرب الخمر والزنا وما في معنى ذلك من الشهوات المحرمات، فإن هذا يحسن الالتفات إليه.

وقد قال في **المدونة** في الذين يحجر عليهم: «**هم الذين ينفقون أموالهم في الفسق والشرب**». وهذا إذا كان الإنفاق فيه يأتي على المال ويفنيه، ولا يتحرى صاحبه فيه تجارة / يخلف بها ما أنفق، فإنه يتضح هاهنا إلحاقه بالسفهاء. كيف؟ وقد قلنا: إن التبذير في غير الفسوق يوجب التحجير؟ فكيف بالتبذير في الفسوق وركوب الكبائر؟

لكن لو كان هذا يتجر بما في يده تجارة تُصيّر إنفاقه هذا من الآرباح، وباقي المال محفوظ، فإن فيه إشكالاً. وقد يلحق بمن قلنا: إنه لا يحسن الإمساك ولا يحسن التجر.

لكن إن كان هذا لا يمكن منعه من هذه المعاصي بعقوبة من ضرب أو حبس وإقامة حدود، ولا يكفّه عن ذلك إلا نزع المال من يده بعد المبالغة في التجر[1] له وبه وفي العقوبة له. فإن هذا يكون منعه من المال ليس من ناحية السفه، ولكن من ناحية تغيير المنكر، والمنكر يجب أن يغير بأي طريق أمكن حتى إذا لم يمكن إلا طريقة واحدة تعينت على الجملة.

واعتمد أصحابنا البغداديون في الردّ على من ذهب إلى اشتراط صلاح الدين بأن النبيّ ﷺ أقام الحدود ثم لم يحجر على من أقامها في ماله.

وكذلك أقامها **أبو بكر** و**عمر** و**علي** رضي اللّه عنهم، ولم ينقل أنهم حجروا على من أقاموا ذلك عليه.

وهذه العمدة التي اعتمد عليها **ابن القصار** وغيره في الردّ على **الشافعي** فيما ذهب إليه. وإنما يتوجه على من قال من أصحاب **الشافعي**: إن طريان الفسق على من يسلّم إليه ماله، ودفع التحجير عنه يوجب استئناف الحجر عليه كما يوجبه طرو التبذير، وإن كان قد سلّم قبل ذلك إليه لما رشد. وأمّا مَن قال منهم بأن طريان الفسق في الدين لا يوجب استئناف الحجر بخلاف طريان

---

(1) هكذا والمعنى غير واضح.

التبذير، وفرّق بينهما بأن الصغير المحجور عليه إذا بلغ وحاله في الدين غير مرضية، فإنه يحجر عليه وإن كان حسن النظر في دنياه، لأنه لا يؤتمن على مال غيره لفساد دينه/ فكذلك لا يؤتمن على مال نفسه.

فأمّا إذا اؤتمن على ماله وسلّم إليه، فإن طريان فساد الدين عليه بعد ذلك لا يوجب رفع ما ثبت عندنا من أمانته على ماله، حتى نشاهد تبذيره له فيُنتقل إلى الحكم الآخر.

وأشار **ابن الحارث** من أصحابنا إلى اتفاق أهل مذهبنا على أن طريان الفسق على الرشد لا يوجب استئناف الحجر عليه.

وقد احتج المعتبرون لصلاح الدين بما ذكر عن **ابن عباس** في وصفه الرشد، فقال في أوصافه: «ومن له حلم ووقار».

وذِكْرُه الوقار إشارة إلى صلاح الدين.

هذا حقيقة القول/ في إنفاقه في المجون والمعاصي. وأمّا إنفاقه في الملاذّ والشهوات المباحات، وجمع الجماعة تأكل الكثير منه من الطيبات في المبيتات والمؤانسات، فإن هذا مما فيه إشكال أيضا. وأشار بعض أصحاب **الشافعي** إلى أنه يوجب الحجر. وأمّا **ابن القصار**، من أصحابنا، فذكر ذلك ولكنه شرطه بشرط، فأوجب الحجر على من أنفق في الملاذّ والشهوات وأكثر من ذلك. ولكنه قال: إذا كان ما فضل عنده من ذلك لا يتصدق به ولا يطعمه.»

وقوله «**ولا يطعمه**» بعد ذكر الصدقة، الظاهر أنه أراد به إطعامه لإخوانه، وهذا قد يشير إلى أنه لا يرى ما ذكرناه عن بعض أصحاب **الشافعي** يوجب[1] الحجر.

والتحقيق عندي فيه الالتفات إلى ما كنا أشرنا إليه في اعتبار حال قلة المال وكثرته، وحال التَّجْرِ بِهِ وتنميته، وقرائن الأحول التي تكون عنوانا وعلما

---

(1) هكذا، ولعل الصواب: بوجوب

على هَوَان المال عليه وكونه خارجا في تدبيره عن طريقة ذوي السداد، أو تدل على خلاف ذلك. فكل[1] واقعة من هذا حكمها.

الجواب عن السؤال الخامس

أن يقال:

قال الله تعالى: ﴿**وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم**﴾[2].

وقد قدمنا أن الصغير الذي لم يبلغ لا يدفع إليه ماله بالإنفاق لتحقق معنى السفه فيه، وهو قصوره عن العقل التامّ الكامل الذي به يقع تدبير الدنيا والدين. ولهذا جعله سبحانه في هذه الآية علة توجب الحجر. فقد ذكرنا أيضا السفه علة في الحجر، والرشد علة في الإطلاق.

فلا يعلم أحد الوصفين[3] الكشف عن حال اليتيم واختباره، وهو معنى قوله تعالى «**وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح**» واختبروهم حتى إذا بلغوا النكاح «**فإن آنستم منهم رشدا**» معناه علمتم رشدهم. وهذا العلم ليس بعلم ضروري يخلق في النفس ابتداء، لكنه ربما وقع عن طرق ربما تودي إليه، وهي مشاهدة قرائن أحوال، ربما (وقع العلم بطرق)[4].

فقد صار هذا العلم لا يتوصل إليه إلا بطرق وهذه الطرق هي المحال عليها في القرآن في قوله تعالى«**وابتلوا اليتامى**». فاختلف العلماء في زمن هذا الإختبار لأحوال اليتيم في تصرفاته في المال، وما يتعلق به من معاوضات وصيانات/ له على قولين:

---

(1) هكذا، ولعل الصواب: فلكل.

(2) النساء: 6.

(3) هكذا، ولعل الصواب: إلاّ بالكشف.

(4) ما بين القوسين هكذا.

هل يكون هذا الاختبار بعد البلوغ أو يكون قبله؟

فالأشهر من مذهبنا أنما هذا الاختبار إنما يكون بعد بلوغ اليتيم الحُلُم.

وذهب/ **أبو جعفر الأبهرى** من أصحابنا إلى أنه يكون قبل البلوغ.

وكذلك اختلف أصحاب **الشافعي** فيه أيضا على قولين:

وهل يكون الاختبار قبل البلوغ أو بعده؟

فكأن من ذهب إلى الاختبار قبل البلوغ تعلق بظاهر قوله تعالى «**وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح**» فجعل الاختبار قبل بلوغ النكاح وهو الاحتلام. وجعل قبله «حتى» كالغاية لهذا الاختبار. فإن أثر هذا الاختبار قبل البلوغ بوقوع عام في النفس برشد اليتيم دفع إليه ماله عقيب البلوغ على الفور، ويكون قوله تعالى «**فإن آنستم منهم رشدا**» إن الفاء فيه للتعقيب والمراد فإن علمتم منهم بذلك الاختبار المتقدم، رشدا فادفعوا إليهم أموالهم على البدار والفور.

وقوله «**فادفعوا إليهم أموالهم**». الفاء هاهنا للتعقيب، على طريقة هؤلاء وطريقة من ذهب إلى إفادتها للتعقيب في مثل هذا، على ما كنا بسطنا القول فيه فيما سلف، وفيما أمليناه في الأصول. وبقول هؤلاء إن اليتيم إذا بلغ، يمكن أن يكون في معلوم الله سبحانه قد بلغ رشيدا، والرشيد لا يحل إمساك ماله عنه. فإذا كان الاختبار بعد البلوغ خفنا أن نقع في محرّم، فكان الاحتياط الهروب عنه، ولا يحصل ذلك إلا بالاختبار قبل البلوغ.

وأمّا أصحاب المذهب الثاني فإنهم يقولون: قد تضمنت الآية المنع من أن يدفع للصغير شيء من ماله. والاختبار الذي يثمر العلم بالرشد بما يكون بالتصرف في المال. فإذا منع الشرع من دفعه إليه انحسم طريق العلم المؤدي إلى العلم بالرشد، فوجب من أجل هذا أن يكون الاختبار بعد البلوغ. وأيضا فإن قوله تعالى ﴿**فإن آنستم منهم رشدا**﴾، ومعناه علمتم، وإن كان فعلا ماضيا فهو إذا وضع بعد حرف الشرط كان للاستقبال، فاقتضى هذا كون دفع المال

بعمل يحصل في الاستقبال، والعلم لا يحصل إلا باختبارٍ فاقتضى هذا أن الاختبار إنما يكون بعد البلوغ.

والجواب عن السؤال السادس أن يقال:

قد تكلمنا على زمن الاختبار لليتيم. وأمّا صفته، فالنكتة المعوّل عليها، على الجملة، التأمل والاجتهاد في طريق يطلع بها الوصي على اليتيم على باطن أمره ومنتهى ميزه في إمساك المال وضبطه، والمعرفة بتنميته، على حسب ما قدمناه في الاختلاف في حقيقة الرشد. والمعتمد في ذلك قرائن/ الأحوال، وربما اتفق منها ما لا يضبط بلفظ أو كتابة، لكن يعلمها على التفصيل أن يكون اليتيم إذا نهض على السن الذي يحتاج فيه إلى من يغذيه ويحفظ عليه طعامه، وصار مستقلاً بنفسه في تغذيته وتدبير طعامه ومنامه، فإنه يدفع إليه دنانير أو دراهم بمقدار ما يشتري به غدَاءه أو عشاءه. ويكون ذلك عليه حتى يعرف منه أنه سلك في ذلك مسلك العقلاء الرشداء. فإذا ثبت هذا الوصف له نقل عنه/ شيئاً فشيئاً، فيدفع إليه من ماله شيئاً يسيراً فوق مقدار ما ينفقه في قوته، ويكلف البيع والشراء في أمور لا يستغنى عنها. فإذا استقر في النفس أيضاً في حاله أنه سلك مسلك الرشد، نقل إلى أن[1] شيئاً يسيراً يتجر به، فإن صانه وأنْماه زاده الوصي مالاً آخر حتى يتحقق أنه إن أخذ ماله كله صانه وأنماه، فيدفعه إليه.

وقال **الشافعي**: لو كان من أبناء الوزر الذين لا يليق بهم التجر في الأسواق لاختبر بما يدفع إليه من الانفاق على الأهل، وما في معنى ذلك. ولو كانت امرأة لاختبرت بما تتصرف فيه من أمور الغزل والاستئجار عليه.

وهذا المعنى الذي أشار إليه **الشافعي** يتضمن قولنا: الغرض حصول علم يستفاد من قرائن الأحوال، ولا يضبط جميعها بلفظ ولا خَطّ.

---

(1) أي: يدفع إليه.

وقد وقع في إشارات الأشياخ اضطراب في اختبار اليتيم بشيء من ماله: هل ذلك سائغ للوصي مباح له أن يفعله إذا أدّاه اجتهاده وإن لم يحكم بذلك حاكم، أم لا؟ فأشار بعضهم إلى إجراء ذلك على الخلاف الذي وقع في **المدونة** في اليتيم إذا دفع إليه وصيه شيئاً من ماله يختبره به فاستدان ديناً: هل تتعلق المداينة بما في يديه، ويقضى بدفعه لغرمائه أو لا يقضى لهم بذلك؟ فيستلوح من مذهب القائل بالمداينة لا تتعلق بما في يديه كون الدفع إليه تعدّياً وسوء نظر. والوصي لا يلزم اليتيمَ فعلُه إذا أساء النظر له فيه.

ويستلوح من طريقة من مذهبه إلى أنه يقضى غرماؤه ديونهم من المال الذي في يديه أن ذلك سائغ للوصي. وهذا التخريج ربما كان ليس بالإلزام على مقتضى هذين المذهبين. وقد يكون الدفع مباحاً ولكن الغرماء لم يعاملوا على ما في يديه، فلهذا لم يقض لهم به.

والجواب عن السؤال السابع/ أن يقال:

اضطرب المذهب في السفيه المهمَل، كصغير مات أبوه ولم يوص به أحداً، ولا اطلع عليه القاضي حتى يحجر عليه، وتمادى على الاستقلال بنفسه في التصرف في ماله إلى أن كبر، ولكنه على حالة السفهاء من يوم موت أبيه إلى أن رجع أمره إلى القاضي.

وأمّا الصغير الذي لم يبلغ والمجنون، فإن تصرفهما وعقودهما لا تلزمهما ما دام الصغير لم يبلغ، وما دام المجنون لم يعقل.

وأمّا تصرف السفيه الكبير بعد بلوغه ولم يتقدم عليه حجر، كما قلناه، فمذهب **ابن القاسم** أن أفعاله لا تلزمه، وبه قال **أبو يوسف**، وهي مردودة، فلا يمضي بيعه ولا شراؤه. ومذهب غيره من أصحاب **مالك** - وهم الأكثر - أن أفعاله في المعاوضة تلزمه، وبه قال **الشافعي** و**محمد بن الحسن**.

وقد روى **زياد بن شبطون القرطبي** عن **مالك** أنه سأله عن سفيه عندهم (   )[1] البان على ناصية فرسه ويشتري الكلب والبازي بالضيعة الخطيرة؟ فقال: تمضى أفعاله. ثم سألته بعد زمان فقال: تمضي أفعاله ولو كان مثل سفيهكم.

ومنهم من فرّق بين كونه بلغ سفيهاً وتمادى على ذلك: فقال بما قال **ابن القاسم**: من رد أفعاله. / وبين أن يكون خرج من السفه بعد بلوغه ورشد ثم أحدث سفهاً بعد ذلك، فإنه تمضى أفعاله في المعاوضات، وتردّ في الهبات الظاهرة والمغابنة الفاحشة. ومنهم من رأى أن السفه الظاهر البيّن يوجب ردّ أفعاله بخلاف السفه الخفي.

وأشياخي المحققون يختارون الردّ لأفعاله، ويرون أن السفه علة في الردّ، وليس الحكم بالحجر علة الردّ، لكون الحجر تنْحيَةً عن السفه، والسفه أشده وأوجبه وليس الحكم بالحجر هو الذي أثبت الحجر وأوجبه، بل السفه علة، والحكم كالمعلول فلا ينقلب الأمر، فيصير المعلول علة والعلة معلولاً.

وكأن من ذهب إلى خلاف هذا رأى أن ثبوت السفه يحتاج إلى اجتهاد وكشف وبحث، وهو أيضاً ممّا اختلف المذهب في حقيقته على حسب ما قدمناه فيما سلف. وما كان مختلفاً فيه ويفتقر ثبوته إلى اجتهاد لم يقض به. ويثبتْ حصوله إلا بحكم حاكم، لا سيما أن في رد أفعاله إضراراً بمعامليه، لأنهم يرون رجلاً يتصرف في ماله ولا ينكر ذلك عليه أحد، فيعاملونه. فلو رددنا أفعاله أضررنا بمعامليه وهم/ لم يقصروا في الاجتهاد ولم يفرطوا. بخلاف معاملتهم لصغير لم يبلغ أو مجنون، فإن معاملتهم له ترد لكونهم هم المتلفين لمالهم والمفرطين في معاملته، من[2] السبب الموجب لرد أفعاله ظاهر بيّن، لا يحتاج

(1) كلمتان غير واضحتين.

(2) هكذا، ولعل الصواب: فإنّ.

إلى اجتهاد ولا حكومة حاكم للصغير[٢] والمجنون[1] أمران مشاهدان بخلاف السفه.

وكأن من ذهب إلى القول الثالث رأى أن السفه كان بيّناً، فالمعاملون له فرّطوا فلم تَلزمه معاملتهم، وصار السفه البَيِّنُ مستغنياً عن الاجتهاد غير مفتقر إلى حكم حاكم كالصغير والمجنون.

وإذا كان السفه خفيّاً فارق الصغر والجنون وافتقر إلى حكم حاكم.

وكأن من فرق بين السفه المستصحب من قبل البلوغ، وبين السفه الطارئ بعد البلوغ يرى أن الطارى بعد البلوغ قد ذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يوجب الحجر على السفيه بخلاف الحجر على سفيه مستصحب للسّفَه، لا سيما أنه إذا رشد بعد البلوغ عند من عامله لاستصحاب ما عرف له من الرشاد.

هذا في عقود المعاوضات، وأما الهبات فهي نوع من الإتلاف، فاشبهت السفه البيّن كما حكيناه عن المذهب الثالث.

هذا ضبط المذهب فيما يوجب الحجر وردّ الأفعال، هل هو موقوف على مجرد العلة أو على الحكم به في السفيه المهمَل؟

وأما إذا كان السفه الموجب للحجر مما يشاهد ولا يفتقر إلى تأمل واجتهاد كابن سبع سنين عقد على نفسه معاملة، أو مجنون عقد على نفسه معاملة، فإن هذا لا يختلف فيه في كون أفعاله على الردّ، لأن الذين عاملوه يعلمون بالمشاهدة من حاله معنى يمنع الشرعُ من إلزامه أقواله وأفعاله، ورفع التكليف عنه في العبادات فكيف في المعاملات. وهذا بخلاف السبب الموجب للحجر إذا كان مما يفتقر ثبوته والعلم/ بحصوله إلى تأمل وتكرير اختبار واطلاع على قرائن أحوال، فهذا الذي يحسن فيه الخلاف.

وأما إذا وجد معنى يقتضي رفع الحجر بنفس عدم الموجب له وهو السفه

(1) هكذا، ولعل الصواب: الصِّغَر والجنون.

وما في معناه، أو يقف ذلك على حكم الحاكم بذلك: فأمّا **البغداديون** من أصحابنا، فإنهم يرون أن ذلك موقوف على حكم الحاكم. وأضاف **ابن القصار** هذا المذهب إلى **مالك** رضي الله عنه، فقال: إن السفيه البالغ الذي يجب الحجر عليه لا يخرج من الحجر إلا بحكم حاكم، سواء كان محجوراً عليه بحكم أو بغيره. قال/ : واختلف قول **سحنون** في الصبي إذا بلغ ورشد هل تجوز أفعاله بمجرد رشاده أو تبقى على حكم الحاكم بذلك؟ فقال مرة: تجوز أفعاله بمجرد رشاده. وقال مرة أخرى مثل قولنا: إن إطلاق التصرف له في المال يقف على حكم الحاكم. قال: وكذلك اختلف قوله في المفلس إذا حجر عليه: هل يفتقر التحجير إلى حكم الحاكم برفعه أم لا؟ ووافقَنا على أن المجنون إذا عقل يرتفع الحجر عنه ولا يفتقر إلى حكم حاكم.

والسفيه البالغ أفعاله على الإمضاء حتى يحكم الحاكم بإطلاق الحجر عنه.

ففصل الجواب في هذه الأربعة أقسام، فرأى أن الحجر الذي أوجبه الجنون يرتفع حكمه بذهاب الجنون.

والسفه الموجب للحجر في حق البالغ العاقل لا يرفع حكم السفه بمجرد الرشد حتى يحكم به.

قال **ابن القصار**: والباب عندنا في هذا كله واحد. وهكذا ذكر القاضي **عبد الوهاب** أن الحجر لا يرتفع إلا بحكم حاكم في الصغير وفي السفيه والمجنون والمفلس. وأنكر أشياخي الحذاق هذه الطريقة. وأشار بعضهم إلى أنه لا يحسن خلافٌ في المجنون إذا بلغ رشيداً جائز الأفعال ثم جنّ، فإن ارتفاع الجنون عنه يرفع الحجر الذي أوجبه الجنون بخلاف أن يبلغ مجنوناً فإنه إذا عقل فلا بد من اختبار حاله فيحسن حينئذٍ القول بأنه يفتقر رفع الحجر عنه إلى حكم حاكم. وهذا الذي أشار إليه بعض أشياخي. ثم صرح ابن القصار فيه بخلاف ما ظن، فقال في كتابه في الردّ على **الشافعي** في قوله الذي حكيناه عنه: إن ارتفاع

الجنون يوجب رفع الحجر من غير افتقار إلى حكمٍ: إن هذا المجنون إذا بلغ مجنوناً فإنه يجب اختبار حاله بعد ارتفاع الجنون ليعلم هل هو رشيد أم لا؟. قال: وإن بلغ رشيداً ثم جنّ ثم عقل فإنه وإن ارتفع الجنون عنه ـ وقد كان قبله رشيداً ـ لم نأمن أن يكون الجنون غَيَّرَ مَيْزَه وسَدَاد رأيه في تصرفه فيفتقر فيه أيضاً إلى اختبار زوال العقل: هل زال على صورة عاد معها العقل إلى الحال الأول، أو زال على صورة نقص العقل فيها عمّا كان عليه قبل ذلك؟. وهكذا رد عليه في المجلس بأن أشار أيضاً إلى هذا المعنى بأن التفليس والتحجير على الإنسان في ماله، ومنعه مما اعتاد فيه يوجب تغيير مزاجه وميزه، وقد يأسف على أن يكون/ لم يتلف ماله في اللذّات حتى لا يحال بينه وبينه. فيجب أن يفتقر فيه إذا ارتفع الحجر عنه/ هل يتغير ذلك الذي عرف عنه قبل الحجر أم لا؟ وذكرنا عنه أن السفيه البالغ لا يخرج عن ذلك إذا رشد إلا بحكم. وكنا حكينا عنه أن السفيه المهمل تمضي أفعاله، كما حكاه **ابن القصار** هناك وهاهنا عنه. فلعلّ هذا الذي قاله في سفيه بالغ حجر عليه بحكم، وبعض أشياخي المحققين يرون أن الصواب اتباع العلة؛ فإذا رشد من حجر عليه بحكم جازت أفعاله وإن لم يحكم بارتفاع الحكم الأول لوجودِ العِلة التي توجب الحكم الثاني، وكذلك يرى أن السفيه المهمل، الصواب فيه[1] قال **ابن القاسم**: من رد أفعاله لأن الحكم بالإطلاق إنما هو ثمرة الرشد ومعلوله، وكذلك التحجير شدة السفه ومعلوله، فلا معنى لاطّراح العلل والالتفات إلى المعلول دونها.

والجواب عن السؤال الثامن أن يقال:

أمّا ما يتعلق ببدن السفيه البالغ ولا علاقة بينه وبين ماله، فإن إقراره به لازم له كما يلزم العاقل الرشيد، مثل أن يقرّ بقتل رجل عمداً، فيجب عليه القصاص، وقطع[2] عضو منه، أو جرح عمداً، فإن القصاص واجب عليه كما

---

(1) هكذا، ولعل الصواب: [ما] قال.

(2) هكذا، ولعل الصواب: أوْ.

يجب على البالغ العاقل الرشيد. بخلاف إقراره بما يُلزم غرامة في ماله. والعلة في ذلك أنه لا يتهم مع وجود العقل عاقل ـ سفيهاً كان أو رشيداً ـ أن يقرّ بما يؤدي إلى قتله أو قطع يده، وهو يقول في ذلك الكذبَ ويتعمده.

وأمّا المال فيتهم في ذلك السفيه أن يعطيه إنسانٌ ديناً يستعجل إنفاقه ليتلف ما[1] في يد وصيه لهوانها عنده لكونه ممنوعاً منها، وحاله في ذلك كحال العبد. أو أقرّ بمال ما لزمه ذلك إذا كان محجوراً عليه، ولو أقر بما يوجب قتله قصاصاً منه لأخذ بذلك ولم يتهم فيه.

وأما عفْوهُ عن غيره فيما وجب له من هذه المعاني: كرجل قذفه فوجب أن يحدّ، أو جرحه عمداً فوجب أن يقتص منه، فإن المذهب على قولين: أجاز **ابن القاسم** عفوه عنه لمّا كان ذلك ليس بمال وإنما يصدق[2] عليه الشرع المال بجهله بمقداره والحاجة إليه. وأما عرضه فلا يلزم أباه أو وصيه أن يرد عفوه عنه إذ ليس بمال فيتلفه.

وقال **مطرف** و**ابن الماجشون**: لأبيه أو وصيّهِ ألاّ يجيز عفوَه، ويطلب حقه في عِرضه وفي القصاص الذي يجب، ولو كانت التي جُرحها خطأً، فأجاز عفوه عن ذلك، لأنه إنما يجب له فيها/ مال، وليس له أن يتلف ماله ويهبه، ولو كان الجرح جرحاً أدّى إلى موته فعفا عنه عند احْتضاره عن قتل جارحه، وكان اللازم لقاتله الدية، فإن ذلك يكون في ثلثه، كما تنفذ وصايا الصبي في ثلثه، لأن بالموت استغنى مالك المال عن صيانته عليه، بخلاف عفوه عن مال يحتاج إليه إذا بقي حياً. ولو كان الذي أدّى إلى قتله إنما يوجب القصاص لجاز عفوه فيه، لا سيما على مذهب **ابن القاسم** الذي أظنه يرى أن الدية في قتل العمد[3] إلا برضا القاتل ورضا ولي المقتول. وأمّا على طريقة **أشهب** الذي/ يرى أن لولي

---

(1) كلمة غير واضحة.

(2) هكذا، ولعل الصواب: يصون.

(3) هكذا، ولعل الصواب إضافة: لا تجب.

المقتول أن يجبر القاتل على الدية. وقد قال **مالك**: إن لولي القتيل أن يأخذ مالاً من القاتل بغير اختياره ويعفو عنه. (وعن **مالك** أن يملك **عد مالكا**[1]) على إحدى الطريقتين. وقد بسطنا هذا المعنى في كتاب الرجوع عن الشهادات، وذكرنا ما قيل فيه من الروايات.

وأمّا ما ليس بمال ولا هو مما يتملك وتجوز المعاوضة عليه، كطلاق السفيه وخلعه، فإن فقهاء الأمصار على إلزامه الطلاق. وخالف في ذلك **ابن أبي ليلى** و**أبو يوسف** ذهاباً منهم إلى أن البضع قد ملك الانتفاع به وإن لم يكن ذلك من الحقوق والمالية المحضة، ففيه علاقة من المال لأن السفيه إذا طلق قد يحتاج في ثاني حال إلى أن يتزوج لئلا يقع في الزنا، فيكون لوليه تزويجه فيغرم عنه صداقاً آخر، وهذا يتكرر منه إذا طلق الثانية والثالثة، وهذا يعود إلى إفساد ماله، فوجب ردّ طلاقه.

وقد ردّ **ابن القصار** عليهما بأن العبد لا يجوز له التصرف في ماله، ولو طلق لزمه الطلاق، فوجب أن يكون السفيه كذلك.

وهذا الذي ردّ عليهما به غير لازم لهما لأن العبد إذا طلق واحتاج إلى التزويج لم يلزم سيده أن يزوجه. والسفيه قد يلزم وصيَّه أن يزوجه إذا دعت ضرورة إلى ذلك، فارتفعت في العبد العلة التي وجدت في السفيه.

وقد وقع في المذهب عندنا قولان في إعتاقه أمّ ولده: هل يرد عتقه فيها أم لا؟

وأشار **المغيرة** إلى تعليل ردّ عتقه بأن ذلك يعود بضرر في ماله لكونه يحتاج إلى تزويج أو سُرّية، فلو كانت أم الولد لكانت تكفيه وتغنيه عن ذلك، وتعفّفه عن الزنا.

وهذه الإشارة إلى هذا التعليل قاد بعض الأشياخ المحققين إلى الميل إلى

---

(1) ما بين القوسين كلام غير واضح ولعل الصواب: ومن ملك أن يملك عُدَّ مالكاً.

التوقف، والتردد في إلزام السفيه طلاقه لأجل/ ما يلحقه من الضرر في المال، كما أشار إليه **المغيرة** وأن يقول بما قال **ابن أبي ليلى** و**أبو يوسف** مِن ردّ طلاق السفيه، لأن أم الولد إذا قتلت أو جرحت أخذ السيد قيمتها أو قيمة جرحها، فقد صارت مما يترقب فيها أن تعود مالاً محضاً، وزوجة السفيه لا تعود مالاً أبداً. وقد تكلمنا في الرجوع عن الشهادة على شهود شهدوا بعتق أم ولد ثم رجعوا عن الشهادة، كما تكلمنا على اختلاف الناس في غرامة شهيدين شهدا بالطلاق على رجل أنه طلق زوجته وقد دخل بها، ثم رجعا عن الشهادة. وأمّا عتق السفيه لأمة[1] التي ليس فيها عقد حرية فإن ذلك لا يمضي لكونه أتلف مالاً محققاً. وأمّا عتقه لأم ولده، فالأشهر أنه يمضي لكونه ما أتلف إلاّ استمتاعاً. وقيل: يرد لكونه قد يحتاج إلى غرامة مال آخر فيما يستعفف به.

وعلى القول بأن عتقه فيها ماض: هل يتبعها مالها إذا كان كثيراً؟ فيه قولان: أحدهما أنه لا يتبعها لكونه أتلف مالاً محضاً.

والثاني أنه يتبعها/ لورود الشرع بأن المعتَق يتبعه ماله فإن قلنا: إن العبد لا يملِك اتضح كالإتلاف، (وكأنه مالاً موضوعاً في جزائه)[2] وإن قلنا: العبد يملك بعد ملك سيده أن ينتزع ماله وهي: من ملك أن يملك كالمالك على إحدى الطريقتين التي تقدمت.

والجواب عن السؤال التاسع أن يقال:

قد علق الله سبحانه أحكام التكليف بالبلوغ، كالمشعر بكمال العقل الطبيعي. وإنما يتطلب بعده عقل يكتسب من التجارب. قال تعالى: ﴿**إذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم**﴾[3].

---

(1) هكذا، ولعل الصواب: لأمته.

(2) ما بين القوسين هكذا في النسختين.

(3) النور: 59.

وقال ﷺ: «**رفع القلم عن ثلاث. .**»[1] فذكر الصبي حتى يحتلم.

وإنزال الماء الدافق هو الاحتلام، ولكنه في بعض الأشخاص قد يعدم وقد يتأخر، فيفتقر حينئذٍ إلى تطلب علامات تدل إليه، وهي إنبات الشعر في العانة، وبلوغ سنين لا يبلغها [إلا] من احتلم. وهاتان العلامتان يستوي فيهما الذكر والأنثى.

وعلامتان أخريان يختصّ بهما النسوان.

فأمّا الإنبات: فكونه علماً على البلوغ (وتكليف الثبوت)[2] وتوجه خطاب الشرع، فإنه مما اختلف العلماء فيه: فذهب **أبو حنيفة** إلى أنه لا يكون علماً أصلاً.

والمشهور من مذهبنا كونه علماً على الجملة.

ولم يختلف **الشافعي** في كونه علماً/ في أولاد المشركين. واختلف قوله في كونه علماً على البلوغ في أولاد المسلمين، وكأنه رأى على قوله بالتفرقة بين أولاد المسلمين وأولاد المشركين، أن أولاد المشركين لا طريق لنا إلى العلم بما ذهب من أعمارهم، فاضطررنا إلى اتخاذ الإنبات فيهم علماً وأولاد المسلمين بين أظهرنا، ولا تخفى أنسابهم بالبحث والاختبار، فعدل عن ذلك إلى ما يمكن مما هو الدلالة والعلامة أقوى.

وأيضاً فإن أولاد المسلمين[3] يتهمون في كتمان البلوغ لئلا تجري عليهم أحكام الكبار من الكفار من قتل وضرب الجزية عليهم، إذ من لم يبلغ من الكفار لا نقتله ولا تلزمه الجزية، وهذه التهمة مرتفعة عن أبناء المسلمين إذ لا يباح دمهم، كباراً كانوا أو صغاراً، إلا بجناية توجب ذلك، مما لا يسلم له،

---

(1) الفتح: 11: 310 ـ 311.

(2) هكذا، ولعل الصواب: وثبوت التكليف.

(3) هكذا، والصواب: الكفار.

لأن التهمة في كتمان البلوغ قد تتطرق أيضاً في أبناء المسلمين مخافة من إقامة الحدود إليهم[1] وإلحاق العقوبات بهم.

وأمّا الخلاف المطلق في كونه علماً في أبناء المسلمين وأبناء المشركين، أو كونه ليس بعلم فيهم، فإن من يراه علماً يعتمد على ما ورد في الخبر من كونه ﷺ لما حكّم **سعداً** في **بني قريظة** فنزلوا على حكمه، فحكم فيهم بأن يقتل منهم من أنبت فصوّبه ﷺ، وأخبر أنه حكم فيهم بحكم الله سبحانه وجعل جريان الموسى علماً على البلوغ[2].

ومن لم ير ذلك علماً فإنه يستند أيضاً إلى ظواهر الشرع من قوله تعالى: ﴿**وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم**﴾[3]. وقوله عليه السلام: «رفع عن أمتي ثلاث»[4] فذكر الصبي حتى يحتلم. فإثبات ما سوى ذلك/ علماً يفتقر إلى دليل لا إشكال فيه. والإنبات لا يكون علماً في العادات لِأنّا نراه يختلف في بني آدم، فمنهم من يتأخر نبات شعره، ومنهم من يعجل ذلك عليهم. فلو جعل نبات الشعر دليلاً كان نبات اللحية أولى، ونباتها يختلف في الناس. وأيضاً فإن ذلك يختلف باختلاف الأمزجة، فينبت الشعر مسرعاً في مزاج ويتأخر في مزاج آخر كما يختلف بالغلظ والرقة واللون بحسب الأمزجة أيضاً.

وأمّا كون السنّ علماً على البلوغ، فإنه يكون دليلاً على الجملة باتفاق، ولكن تقديره كثر الخلاف فيه. ألا ترى أن من ذهب من عمره الثلاثون سنة أو أكثر منها لا يشك عاقل في بلوغه المبلغ الذي يتعلق/ به التكليف؟

كما أن من لم يذهب من عمره إلا السبع سنين أو العشرة لا يشك عاقل في كونه لم يبلغ مبلغ التكليف، ويبقى بين هذين الطرفين وسائط يقع فيها

---

(1) هكذا، والصواب: عليهم.

(2) الروض الأنف: 6: 288 ـ 290.

(3) النور: 59.

(4) سبق تخريجه.

التشكك والإشكال، مثل خمس عشرة سنة، ففيه اختلاف الناس: فالمشهور عندنا ثماني عشرة سنة.

والشافعي يقدر ذلك بخمس عشرة سنة. **وأبو حنيفة** يفرق بين الذكور والإناث فيقول: في الذكر سبع عشرة سنة. والإناث تسع عشرة سنة. والتحاكم في هذا الاختلاف يرجع فيه إلى العادات فقد تختلف أهوية الأقطار والجهات، وأمزجة سكانها في هذا التقدير.

لكن **الشافعي** يستند إلى قول **ابن عمر**: «**عُرِضت على النبي عليه السلام عام أُحد وأنا ابن أربع عشر فردني ولم يرني بلغت، وعرضت عليه عام الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني**»[1].

وقد تقرر في علم الأصول أن الراوي إذا نقل حكماً وذكر سببه، فإن ذلك السبب يكون علة الحكم على الجملة كما روي أنه سها فسجد، فجعل السهو علة في السجود، وكما روي أن **ماعزاً** زنا فرجم، فجعل الزنا علة في الرجم. فكذلك قول **ابن عمر**: «**عرضت عليه وأنا ابن أربع عشرة سنة فردني ولم يرني بلغت**»[1]. فإن هذا يشير إلى أن عدم البلوغ علة حكم الرد، ووجود البلوغ علة الإجازة.

وأصحابنا يتأولون قوله: «ولم يرني بلغت» في الحين لطاقة القتال، ويؤكدون ذلك بقول **سمرة بن جندب**: «عرضت على النبي عليه السلام وأنا ابن أربع عشرة سنة فردني (وعرضت عليه متأخر ما جازه)[2]، فقلت: يا رسول الله، أجزت هذا ورددتني ولو صارعني لصرعته، فأذن عليه السلام في صراعنا فصرعته، فأجازني»[3].

وهذا يقتضي إنما اعتبر في هذا إطاقة القتال، ويجعل قول ابن عمر «ولم

---

(1) الترمذي: 3: 34 حد. 1361.

(2) هكذا، ولعل الصواب: وعرض عليه آخر فأجازه.

(3) الإصابة: 2: 77 ـ 78.

يرني بلغت» على أنه أراد: بلغت إطاقة القتال.

وأصحاب الشافعي يقولون: إذا أطلق ذكر البلوغ فما يحمل إلا على بلوغ الحلم، وأما بلوغ ما سوى ذلك فلا يذكر إلا مقيداً بأن يقال: بلغت كذا وبلغت كذا.

وأما كون الحيض في النسوان علماً على البلوغ فإن ذلك لا يختلف فيه. وقد جعله الله سبحانه دلالة على/ براءة الرحم من الحمل في العِدد والاستبراء.

وكذلك لا يكون الحمل إلا بعد البلوغ. وقد أخبر عليه السلام بعلة/ كون المولود ذكراً أو أنثى، فقال «إذا علا ماء الرجل ماء المرأة أذكر بإذن الله، وإذا علا ماء المرأة ماء الرجل أنثى بإذن الله»(1).

والجواب عن السؤال العاشر أن يقال:

أمَّا مجرد البلوغ فلا يكون علماً على حصول الرشد دون اختبار اليتيم حتى يعلم رشده، كما قدّمناه في مقتضى قوله تعالى: ﴿**وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا**﴾. فإن معناه: فاختبروا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن علمتم منهم رشداً. وذكرنا الخلاف في هذا الاختبار: هل يقع قبل البلوغ أو بعده؟ وكان بعض أشياخي يحمل على المذهب أن فيه اختلافاً في هذا، وأن أحد القولين كون البلوغ بمجرده دليلاً على الرشد لكون الغالب من بني آدم الحرص على جمع المال وصيانته وتنميته، وإنما يوجد فيهم من هو بخلاف ذلك نادراً، والأحكام تتعلق بالغالب. وكان بعض أشياخي يحكي عن بعض أشياخه أنه يسير إلى إنكار هذا التخريج، ويقول: إنما قال في **المدونة** إذا احتلم الغلام فليذهب حيث شاء، وأزال ولاية أبيه عنه بالاحتلام من تدبير نفسه وصيانة مهجته إذ الولد إذا بلغ عاقلاً أَمِن عليه أبوه أن يلقي نفسه في مهواة أو

---

(1) مسلم بشرح النووي: 2/360 ـ 362.

يقع فيما يؤدي إلى قتله وعطبه قصداً إلى ذلك. فالتهمة مرتفعة عن كل واحد في نفسه إذا كان عاقلاً، ولا ترتفع عن كل عاقل في إتلاف المال لكون الشهوات تغلب على عقول كثير من الأحداث فيهون عليه إتلاف المال في تحصيلها. فجعل الباري سبحانه صيانة أموالهم إلى آبائهم، وصيانة أنفسهم قبل بلوغهم. فإذا بلغوا ارتفعت ولاية الأب عن ما لا يتهم فيه الولد وهو صيانة جسمه ونفسه، ولا ترتفع ولايته عن صيانة مال ولده لما قدمناه، فمن حاول أن يخرج قولاً في المال: إن اليتيم يدفع إليه ماله بمجرد البلوغ، كما ذكرنا عن بعض أشياخنا، فإن ذلك تخريج غير صحيح.

لكن من أشار إلى الخلاف في هذا من أشياخي كان يعول على ما ذكرنا في **المدونة** ويعول على ما في **كتاب ابن حبيب**، في سفيه وجبت له الشفعة بعد رشده أن السنة تحسب عليه من بلوغه. فلو لم يكن بمجرد البلوغ رشيداً لما حسبت عليه من السنة الشهور التي كان فيها سفيهاً،/ وأسقطت شفعته بمضي سنة كان في شهور منها سفيهاً.

وهذا التخريج أشد إشكالاً. لكونه قد قيل في المذهب: إن الشفعة تجب على الفور، فإن تأخر الشفيع عن الأخذ بالشفعة وقد علم به سقط حقه فيها، كمن اشترى سلعة فاطلع على عيب بها، فإنه إنما يقوم بالردّ بالعيب بفور علمه به. وأمّا إن طال سقط حقه/ بالقيام به إذا تصرف به في المبيع من غير عُذر.

وأما مجرد البلوغ مع حصول الرشد، فإنه يوجب تسليم المال من غير خلاف في الذكران. وأمّا في النسوان فالمشهور في المذهب عندنا افتقارهن إلى شرط ثالث وهو دخول زوجها بمن بلغت عاقلة رشيدة، ولم تبلغ سن التعنيس، وتزوجت، ولكن لم يدخل بها زوجها، فإنها عندنا لا يدفع إليها مالها بخلاف الذكران.

وذهب **أبو حنيفة** و**الشافعي** إلى أن المرأة البكر إذا بلغت اختبر حالها في مالها: فإن لم تكن فيه سفيهة، فإنه يدفع إليها مالها وإن لم تتزوج.

وحاول بعض أشياخي أن يجعل أيضاً في المذهب قولاً آخر موافقاً لما قال **أبو حنيفة** و**الشافعي** مع[1] كون النسوان كالذكران في دفع مالهن إليهن وإن لم يتزوجن.

فقال في كتاب الحبس والصدقة من **المدونة**: إنه قيل له: ما معنى قوله تعالى ﴿**حتى إذا بلغوا النكاح**﴾ قال: بلوغ النكاح الاحتلام في الذكران والحيض في النسوان. ولم يشترط الدخول ولا حمل قوله تعالى ﴿**إذا بلغوا النكاح**﴾ على أنهم نكحوا بل حمله على أن المراد به بلغوا سن النكاح والاحتلام، كما قال **أبو حنيفة** و**الشافعي**. والبغداديون من أصحابنا لمَّا ردوا على **أبي حنيفة** و**الشافعي** قالوا: قوله تعالى ﴿**حتى إذا بلغوا النكاح**﴾ المراد به نكحوا ولم يرد به بلغوا سن النكاح. ولو كان المراد به غير هذا لقال: حتى إذا نكحوا.

ويدل على هذا أن الإجماع على أن الصبي إذا بلغ رشدهُ دفع إليه ماله وإن لم يتزوج. فالله تعالى لم يفرق بين الذكر والأنثى، فقال: ﴿**وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا**﴾. فلما أجمع على أن الذكر إذا بلغ رشداً دفع إليه ماله، فكذلك الأنثى وإن لم تتزوج.

وقال أصحابنا: قد قال تعالى ﴿**وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا**﴾. والذكر إذا بلغ يصح بأن يختبر بأن يعطى من ماله شيئاً يختبر به: فإن أنماه زاد وصيه من ماله شيئاً./ فإذا نماه وتكرر ذلك منه حتى عرف أنه رشيد دفع إليه المال.

والصبية البالغ البكر محجوبة لا يراها الرجال ولا كثير من النساء، فيستحيل أن يعرف رشدها وهي محجوبة عن الرجال وعن النسوان لا عن أهلها. والذكر يتصرف بين الناس بعد بلوغه، فيختبر حاله: هل هو رشيد أو سفيه؟ فافترق الحال.

---

(1) هكذا، ولعل الصواب: من.

وعندي أن هذا الخلاف إنما يرجع إلى اختلاف في شهادة بعادة: هل يصح الاطلاع على رشد البكر وهي من وراء حجاب، كما يصح الاطلاع على رشد الصبي البالغ؟ أو لا يصح ذلك؟ فهذا سبب الخلاف.

والمشهور من المذهب أن الثيب من النسوان البالغ، تحمل على الرشد.

واختلفت إشارات المذهب عن بعض أشياخي في مجرد الدخول: هل يقتصر عليه أو لا بدّ من اختبار حالها بعد الدخول؟

كما اختلف العلماء في مقدار السنين التي تحمل فيها على الرشد إذا أقامتها مع الزوج.

وهذا كله يرجع عندي إلى اختلاف/ في شهادة بعادة وكان بعض أشياخي يرى أن النساء البدويات لا يوسع في حال الرشد بعد الدخول مثل ما يوسع في ذلك في بنات كبار التجار في الحواضر، لأجل أن بنات (الكبرى[1] من) التجار في الحواضر لا يُمكن من التصرف والتبدل[1] إلا بعد سنين تقيمها مع الزوج. وهذا يشير إلى ما ذكرناه من التعويل على الشهادة في العادات، وهذا هو التحقيق.

وقد وقع في **المدونة** اختلاف في البكر اليتيمة إذا تزوجت بدون صداق مثلها: يمضي ذلك عليها أو لا يجوز حطيطتها من صداقها؟ وهذا يمكن أن يجري على الخلاف في فعل السفيه المهمل: هل يمضي أو يحجر القاضي أو يرد أو يحمل على أنه لا يعتبر الدخول في الرشد كما قدمنا عن تخريج بعض شيوخنا في المذهب؟

وإذا تقرر حكم السفيه ووقع بيعه أو شراؤه في حال يجب ألاَّ تمضي أفعاله فيها، فإن عقوده على الوقف، فما كان إمضاؤه من حسن النظر له أمضي عليه. وما كان إمضاؤه سوء نظر له رد عقده فيه.

---

(1) هكذا، ولعل الصواب الحذف.

فإذا ردّ عقده فيما باعه وقد قبض ثمنه أخذه البائع منه، إن وجده بعينه. وإن وجده أتلفه في ما لا بد له منه مما وقى به ماله، فإنه يؤخذ ذلك من ماله. وإن أتلفه فيما لا حاجة له به لم يرجع به عليه، وكأن البائع هو أتلف ماله لَمَّا دفعه لمن نهى الله سبحانه عن أن يؤتى المال.

وإن كان اشترى سلعة وجب/ فسخ بيعه. وإن تلفت في يديه بغير سببه لم يضمنها. وإن أتلفها فيما وَقَى ماله رجع عليه بالأقل من ثمنها الذي اشتراها به أو قيمتها. ويجري هذا كله على أحكام استحقاق السلع من يد مشتريها. وهو يبسط في كتاب الاستحقاق إن شاء الله تعالى.

والجواب عن السؤال الحادي عشر أن يقال:

قد قررنا أن الله سبحانه نهى أن نُؤتي السفهاء أموالنا، ومعلوم قطعاً أن العلة في ذلك كونهم لا يعرفون وجه المصلحة فيها، ومقدار الحاجة إليها، فلا يحسنون حفظها ولا تنميتها.

وإذا كانت العلة ذلك، فمعلوم أن السكر يغير العقل والتمييز وأقل مراتبه أن يغطي العقل والتمييز عن درجة الكمال التي تحصل للبالغ العاقل الرشيد، فيجب أن تلحق عقوده بعقود السفهاء الذين لا يلزمهم عقودهم. وقد نبه الله سبحانه على فساد عقله بالسكر بقوله تعالى: ﴿**إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة**﴾[1]. فنبّه الله سبحانه على أن الخمر يغير العقل حتى يستحسن السكران ما كان يستقبحه قبل أن يشرب الخمر، ويستخف من التقدم على المحرمات ما لم يكن يسْتخفّه قبل شربه لها. ومعلوم أن ذلك بما حدث في عقله وميزه من فقد أو انتقاص. لكن هذا الحدث هو اكتسب السبب فيه بعد أن نهاه الله عن هذا الاكتساب وحرمه عليه، وهو متعد في شربه الخمر.

---

(1) المائدة: 91.

وهذه/ الأحكام ثلاثة أنواع: حدود، وعقود معاوضات، وعقود غير معاوضات. وهي على قسمين: منها ما لا يحتاج إلى قبول ومنها ما يحتاج إلى قبول: فإن الحدود تلزمه وتقام عليه بما جناه في حال سكره حتى كأنه جناها وهو غير سكران في صحوه.

وقد حكى بعض العلماء الإجماع على أنه لو قتل لقتل وجرى حكمه في القتل مجرى حكم القاتل الصاحي، وإن كان مجنوناً جنوناً لا اكتساب له فيه لم يقتل إن قتل ولم تقم عليه الحدود وما ذاك إلاّ لما أشرنا إليه من كونه هو السبب في نقص عقله وتمييزه لأنه لو لم يشرب الخمر باختياره لم يفسد عقله إلا لسبب يطرأ عليه. فصار حكم عقله الناقص كحكم العقل التام، لأن هذا النقص هو جناه على نفسه، فصار حكمه كحكم العدم. وقد نبّه/ **علي بن أبي طالب** رضي الله عنه على هذه العلة لما اجتمعت الصحابة في الاجتهاد في مقدار الحد الذي يقام على شارب الخمر. فقال لهم **علي**: «أرى أن يحدّ حد القاذف: ثمانين، لأنه إذا شرب سكر وإذا سكر هذى وإذا هذى افترى؛ فيقام عليه حدّ القاذف الصاحي» إشارة منه إلى ما ذكرناه. ولم ينكر عليه من اجتمع من الصحابة الاجتهاد في هذا الحكم بهذا التعليل، وهو المعنى الذي أشرنا إليه. ولهذا أقيمت الحدود عليه.

وأما عقود المعاوضة التي تحتاج إلى قبول، كبيعه وشرائه، فإن أكثر أهل المذهب على أنها لا تلزمه، ومنهم من ألزمه إياها:

فالذين يلزمونها له أجروه مجرى السفيه العاقل، ورأوا أن أقل مراتبه أن يكون كالسفيه العاقل الذي جهله تدبير المال اقتضى ألاّ تلزم عقوده في البيع والشراء، فكذلك السكران، لكونه فقد الميز بالعقل (فقد لا ينتهي إليه السفيه العاقل)[1] تقام عليه الحدود ولا تلزمه عقوده، فكذلك السكران تقام عليه

---

(1) هكذا.

الحدود ولا تلزمه عقوده للعلة الجامعة بينهما من فقدان العلم بتدبير المال، بل زاد السكران فقدان العقل كما نبّه الله سبحانه عليه، فقال: ﴿**لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون**﴾[1] فلو كان السكر لا ينافي العلم لم يجعل الباري سبحانه هاهنا غاية وجود العلم فقدان السكر.

وأمّا عقوده في غير معاوضة، ولكنها تفتقر إلى قبول، كهباته، فإنها على القولين في بيعه وشرائه. لكن الهبة تفتقر إلى قبول الموهوب كما تفتقر عقود بياعاته إلى قبول المشتري منه.

وأمّا ما لا يفتقر إلى قبول كطلاقه وعتاقه فإنه يلزمه ذلك. هذا المعروف من المذهب.

وحكى بعض أشياخي عن بعض أشياخه أنه روى عن **مالك** أن طلاقه يلزمه، وهو مذهب **ربيعة** و**الليث** و**غيرهما**. وما ذاك إلاّ بما قدمناه من التعليل من كونه أدخل على نفسه ما أفسد عقله تعدياً منه وظلماً لنفسه، فصار فقدان عقله حكمه كحكم/ العدم، وكأنه باقٍ على ما كان عليه قبل شربه الخمر.

وقد علل **مالك** رضي الله عنه إلزامه الطلاق بكونه قد وقع/ منه الطلاق، ونحن لا نصدقه مع إيقاعه أنه بغير العقل حين إيقاعه لكونه تعدى في شربه، فلم يصدق فيما يدعيه من ذهاب العقل. ويؤكد هذا أن رفع التكليف عن الصبي والمجنون تخفيف ورخصة وترفيه ورفع مشقة، وفقيد العقل بالشرب قد أتى معصية وركب كبيرة. والمعاصي لا تجلب الرخص، لأن الترخيص في الشيء مسامحة في ركوبه وتسهيل لفعله، والشرع قد أقام الحدّ على أهل الفسوق زجراً لهم عن معاودة المعصية وطرداً لغيرهم عنها مخافة العقوبة. فلو كان سكره يرفع عنه هذه الأحكام لكانت المعاصي كالرخص له فيها، وهذا عكس موضوع الشرع.

---

(1) النساء: 43.

والجواب عن السؤال الثاني عشر أن يقال:

اختلف في المخدوع في البياعات: هل يحجر عليه لأجل ذلك كما يحجر على من لا يحسن حفظ المال وإمساكه أم لا؟

وسبب الخلاف في ذلك أن أهل حَبّان بن منقذ سألوا النبي عليه السلام أن يحجر عليه، لكونه يخدع في البيوع، فقال له لمّا شكي ذلك إليه، فقال له: «**إذا بايعت فقل: لا خلابة**»[1] فكأن من رأى الحجر عليه، وهو اختيار **ابن شعبان**، رأى أن التحجير على المغبون لو لم يكن جائزاً لأنكر النبي عليه السلام على السائل في التحجير قوله، وهو عليه السلام لا يقرّ على خطأ وغلط فيما يتعلق بالشرائع.

ووجه القول بأنه لا يحجر عليه أنه عليه السلام لم[2] إلى ما طلب منه من الحجر، ولو كان سائغاً لأجاب السائل فيه إليه، بل علّمه ما يصون به ماله ويستغني به عن الحجر، فقال له: «اشترط ألاّ خلابة». معناه أن يستسلم إلى من يعامله ويشترط عليه ألاّ يغبنه. فإذا ظهر بعد ذلك غبن كان له أن يرد لمخالفة الشرط بخلاف المغبون. وأما المماكس ولكنه غبن لأجل جهله بالقيمة ففيه قولان:

إذا كانت المغابنة فاحشة، تقدم ذكرها في كتاب بيع الخيار من البيوع. وقد قدّمنا من حقيقة الرشد ذكر الاضطراب في اشتراط تنمية المال، فهذا المغبون إن كفّ عن التجر فأمْسك ماله، جرى ذلك على ما قدمناه فيمن يحسن إمساك المال ولا يحسن تنميته، فإنه يدفع إليه وينهى/ عن التَّجْرِ بِهِ، فإن لم ينته عن التجر خيف أن يتلف جميع ماله.

والجواب عن السؤال الثالث عشر أن يقال:

(1) الفتح: 5: 240 ـ 241.

(2) في الأصل: لم إلى. ولعل كلمة سقطت تقديرها: يُجِبْ.

أمّا المسلم إذا ارتدّ فإنه قد انحلّ ما كان ثبت له من أمان في نفسه وماله، فوجب أن يوقف في نفسه ليقام عليه حكم الله سبحانه في قتله إن لم يتب ويرجع إلى الإسلام، وكذلك يوقف ماله كما وقفت نفسه، لأنه إن قتل على ردّته كان ماله للمسلمين ولا يرثه ورثته. فهو في نفسه وماله على الوقف ليرى ما يكون منه: فإن رجع إلى الإسلام صار ماله كما صار/ نفسه على المشهور من المذهب، وإن استبيحت نفسه بالقتل استبيح ماله، وإذا كان الحكم إيقاف ماله واعتقاله: فهل تردّ أفعاله فيه ويكون محجوراً عليه بنفس الردة؟ أو تكون أفعاله ماضية حتى يحكم القاضي عليه بالحجر؟

أمّا إن رجع إلى الإسلام مضت أفعاله، وأمّا إن قتل على ردته، ففيه اختلاف في المذهب:

فذهب **ابن القاسم** و**أشهب** إلى أنه لا يكون محجوراً عليه بنفس الردة حتى يحكم الإمام بالحجر عليه. ورأيا أن أفعاله ماضية.

وذهب **سحنون** إلى أنه محجور عليه بنفس الردة.

فهذا قد يحسن أن يقال: إن الاختلاف في هذه المسألة مثل الاختلاف في السفيه المهمل: هل يكون محجوراً عليه لوجود علة الحجر وهو السفه؟ أو لا يكون محجوراً عليه إلا بالحكم بالحجر؟ وقد كنا قدمنا الاختلاف في ذلك، إلى هذا أشار بعض الأشياخ.

وقد يقدح في هذا التمثيل بأن الردة معنى محسوس مسموع فأشبه الجنون والصغر اللذين لا يفتقران إلى حكم حاكم لمّا كان ثبوتهما لا يفتقر إلى اجتهاد، بخلاف السفيه المهمل الذي اختلف فيه، لكن ثبوت السفه فيه يفتقر إلى اجتهاد.

لكن يقال في هذا أيضاً: فإن **ابن القاسم** ذهب في السفيه المهمل إلى أنه ترد أفعاله وإن لم يحكم الحاكم بالحجر. وذهب في المرتد هاهنا إلى أن أفعاله

على الإمضاء، فإن لم يكن اختلف قوله، فهذا يشعر بأن الردة في إيجاب الحجر أخفض رتبة من وجوب الحجر على السفيه المهمل. فهذا هو الحكم فيه قبل أن يقع الحكم بالحجر عليه.

وأمّا إن وقع الحكم بالحجر عليه وقتل على ردته فلا شك في أن أفعاله مردودة.

وأمّا إن رجع إلى الإسلام فإن **أشهب** رأى أن أفعاله مردودة أيضاً كما لو قتل على ردته وكأنه قدّر أن إمضاءها كالنقض للحكم،/ والحكم الصحيح لا ينقض.

وذهب **ابن القاسم** إلى أن أفعاله تمضي، وكأنه قدّر أنه انكشف أن الحجر كان في غير موضعه، وأنا لو اطلعنا على الغيب وعلمنا أنه يعود إلى الإسلام لم يحكم بالحجر عليه، فلهذا أمضى أفعاله إذا رجع إلى الإسلام.

والجواب عن السؤال الرابع عشر أن يقال:

أما تمكين الزوج من الحجر على زوجته في بيعها وشرائها من غير محاباة. فلا خلاف أن ذلك ليس من حقه.

وأمّا تمكينه من الحجر عليها في الهبات والعطايا، فإنه ممّا اختلف الناس فيه:

فذهب **أبو حنيفة والشافعي** إلى أنه ليس من حقه أن يحجر عليها قياساً عليه في نفسه: أن ليس من حقها أن تحجر عليه إجماعاً.

ومن الناس من ذهب إلى أنه يمكّن من الحجر عليها في العطايا والهبات على الإطلاق بعكس ما حكيناه عن **أبي حنيفة والشافعي**.

وذهب **مالك** إلى أنه يمكّن من الحجر عليها إذا زادت في العتق والعطايا على ثلث مالها، قياساً على المريض، فإنه لا يمنع من هبة ثلث ماله فأقلّ،

ويمنع فيما زاد على ذلك.

/ وسبب الخلاف في هذا من جهة الاعتبار الالتفات إلى شواهد أصول: فقد تقرر في الشرع أن الحجر إذا كان حقاً للمحجور عليه انطلق على منعه مما قلَّ من ماله أوْ جلَّ. وإذا كان الحجر حقاً لغير المحجور عليه، فاختلف أحكام الشرع فيه:

فللسيد أن يحجر عليه فيما قل أو جل من ماله، لما كان الحجر ليس حقاً للعبد، وهو حق لسيده.

والمريض لما كان الحجر عليه حقاً لورثته حجر عليه فيما زاد على ثلث ماله.

فأصحاب كل مذهب اتفقوا[1] إلى ما يوافق مذهبهم من هذه الأصول:

فأبو حنيفة والشافعي رأيا أن أصول الشرع لا يمنع الرشيد من التصرف في ماله كيف شاء.

وأمّا الالتفات في هذا إلى الآثار، فقد روى **عمرو بن شعيب** عن أبيه عن جده، أن النبي عليه السلام قال: «لا يحل لامرأة ملك زوجها عصمتها أن تعطي من مالها شيئاً بغير إذنه». وهذا الحديث مرسل، والعمل بالمراسيل فيه خلاف بين أهل الأصول.

وروى **ابن حبيب** عن النبي عليه السلام معنى هذا الحديث عن النبي عليه السلام مقيّداً، فقال: «لا يجوز لامرأة أن تعطي من مالها شيئاً له بال بغير إذن زوجها» أو كما قال. وهذا التقييد يوجب رد حديث **عمرو بن شعيب** إليه، فقال **ابن حبيب**: رأى العلماء مقدار/ مالَه بال الثلث استدلالاً منهم بما ورد الشرع به في إطلاق الثلث للمريض وإن تعلق لورثته حق بماله.

(1) هكذا، ولعل الصواب: الْتَفتُوا.

وقد علم عند أهل الأصول أن الحكم الواحد إذا ورد فيه مطلق ومقيد رد المطلق إلى المقيد.

وأمّا **أبو حنيفة والشافعي** فإنهما يتعلقان بقوله عليه السلام لما خطب يوم العيد ووعظ «وإذا»[1] النساء، فقال: «**تصدقن من حُلِيِّكُنَّ**»[2]. فقوله «تصدقن» أمر عام لم يحدّ فيه مقدار ما يتصدقن به، ولو كان ذلك ممنوعاً على الإطلاق كما ذهب إليه بعض الناس لم يقل «تصدقن». ولو كان أيضاً يجوز ذلك في بعض المال دون بعض كما قال **مالك** لم يطلق الأمر بالصدقة، بل كان يقيدها بأن يقول: تصدقن بمقدار ثلث مالكن.

والظاهر أنه إذ خاطب النساء عموماً من غير أن يلتفت إلى من لها زوج أو لا زوج لها، ولا إلى من كان زوجها حاضراً لهذا بذلك ومن لم يكن حاضراً.

وكان **أبو حنيفة والشافعي** تعلقا بهذا الحديث. وتعلق **مالك** بالحديث الذي رواه **ابن حبيب**. وتعلق المخالف الثالث بحديث **عمرو بن شعيب**.

وأمّا طرق القياس، فقد نبهناك عليها. واختلف المذهب على قولين: إذا تصدقت بأكثر من الثلث هل يرد جميع ما تصدقت به، لكونها تعدّت في هذه الصدقة، وهي فعلة واحدة، فلما ثبت فيها العداء ردّ جميعها، أو يختص الردّ بما زاد على الثلث لأن التعدي مختص به، فيجب في هذا العقد أن يمضي فيه ما يجوز، ويرد ما لا يجوز.

وإذا أبحنا لها الصدقة بثلث مالها فأرادت بعد ذلك بقرب زمن أو بُعده تتصدق[3] بشيء آخر من مالها؛ فالمعروف من المذهب أن ذلك لا يمنع منعاً

---

(1) هكذا، والصواب إسقاطها.

(2) إكمال الإكمال: 3/34 ـ 35.

(3) هكذا، ولعل الصواب: أنْ تتصدق.

مطلقاً/ لكن القاضي **أبو محمد عبد الوهاب** ذكرَ في **تلقينه** هذا أن ذلك ليس من حقها، وكأنه رأى أن الأصل تمكين الزوج من منعها من عطية مالها. وإنما ورد الإذن فيما ليس له بال. فإذا فعلت ما أذن لها فيه فليس لها أن تعود إلى مثله، لأنا لو مكناها من هذا صار ذلك كالموافقة **لأبي حنيفة والشافعي** في إباحة إعطائها جميع مالها إذ لا فرق بين أن تعطيه كرّة واحدة أو على كرات وقد نبَّه ﷺ على أن المرأة تنكح لمالها. وأشار إلى أن للزوج غرضاً في كونها موسرة ليتجمل بمالها ويستغني بكثرته/ عن استقصاء طلب حقوقها منها، وقد يرثها أو تنفق بنية[1] منها. فإذا أبحنا لها تكرير العطية حتى يفنى مالها بطل غرض الزوج في ذلك.

وذهب **أصبغ** إلى تفصيل في هذا، فرأى أنه يباح لها تكرير العطية إذا كان بين العطية الأولى والثانية بُعدٌ وتفاوت كالستة أشهر ونحوها، فإنها تمكن من عطية ثلث ما بقي من مالها. وأيضاً فإن كان بين العطاءين اليوم واليومان قدر كالعطية الواحدة في الكلمة الواحدة فيعتبر فيها الثلث. ويختلف إن زادت عليه: هل ترد العطيتان أو يمضي منها مقدار الثلث؟ فإن كان بين العطيتين مقدار الشهر والشهرين ردت العطية الثانية، ولو حملها الثلث بعد إضافتهما إلى العطية الأولى. وهذا القسم أنكره بعض الأشياخ وأشار إلى أنه لا وجه له، لأنه إذا كان بين العطيتين الشهر والشهران وكانتا جميعاً يحملهما الثلث، والثلث مباح لها أن تعطيه، فلا فرق بين أن تعطيه في كلمة واحدة أو في كلمات مفترقات بينهما زمن بعيد أو قريب.

وقد اختلف المذهب على قولين مشهورين في صدقتها بثلث مالها إذا تصدقت بذلك للضرر هل تمضي أو ترد؟ كما اختلف في المريض إذا أوصى بثلثه قاصداً للضرر: فقيل: يرد ذلك فيه لقوله تعالى: ﴿**من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار**﴾[2]. فشرط في إمضاء الوصية ألاَّ يقصد بها الضرر. فكأن

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: على بَنِيهِ.

(2) النساء: 11.

أشهب رأى أن العطيتين إذا كان بينهما هذا المقدار، فإن ذلك علم عنده على قصد الضرر بالأولى والثانية، فيردان جميعاً وإن حملهما الثلث بناءً على أحد القولين في ردّ عطيتها إذا قصدت بها الضرر. وسنبسط هذا إن شاء الله في غير هذا الموضع.

والجواب عن السؤال الخامس عشر أن يقال:

أمَّا الحجر على المفلس وهو الذي يثبت عند القاضي عليه ديون يقصر عنها[1] في يديه من المال، وطلب أصحاب الديون القاضي في التحجير عليه، فإن ذلك مما اختلف الناس فيه: فذهب **مالك والشافعي** رحمهما الله إلى أن القاضي يحجر عليه ويمنعه من التصرف في ماله لحق الغرماء في ذلك، مخافة إن مكن منه أن يتلفه عليهم.

وذهب أبو حنيفة/ إلى أنه لا يحجر عليه/ ولا يمنع من التصرف في ماله.

وحجتنا عليه أن النبي عليه السلام حجر على **معاذ بن جبل**[2] هكذا رواه المحتجون بهذا الحديث. ورواه آخرون خلع: خلع **معاذ** بن جبل من ماله. وأيضاً بحديث أُسيْفع جُهَيْنَة في قول **عمر بن الخطاب** فيه مخاطباً للناس في خطبة خطبها: إن **الأسيفع، أسيفع جهينة** رضي من دِينه وأمانته بأن يقال: سبق الحاجَّ، وإنه اِدَّانَ مُعرِضاً، فأصبح وقد رِين به فمن كان له عليه شيء فليأتنا فإنا قاسموا ماله بالغداة إن شاء الله[3]. وهذا يشير إلى التحجير عليه وقضاء ديونه لغرمائه.

---

(1) هكذا في النسختين، والظاهر أنه سقط «ما».

(2) البيهقي: السنن الكبرى: 6: 48.

(3) البيهقي: السنن الكبرى: 6: 49.

وأبو حنيفة يُجيبُ عن هذا الحديث بأنه يحتمل أن يكون **الأسيفع** ميتاً، فيجوز للإمام أن يقسم ماله ويصرفه لمن يستحقه.

وأجيب عن هذا بأن ظاهر هذا الخبر أنه كان حيّاً، إذ لو كان ميتاً لنقل ذلك مع قوله: «وقد رين به» يعني بقوله «رين به»: حيط به، من قوله: **﴿بل ران على قلوبهم﴾**(1) يعني: غطى وأحاط. وقيل: معنى «رين به»: انقطع به. ويجيبون هم عن هذا بأنه لم ينقل في الخبر أنه أُحضِر وطلب بالقضاء وعذر إليه. وهذا أيضاً مما يؤكد عندهم حمله على أنه ميت، وإن احتمل أن يكون قال ذلك عمر رضي الله عنه وقد فرغ من الواجب في ذلك كله. وإذا تقرر الخلاف الذي ذكرناه في الحجر عليه، فإن القاضي يعرض عليه القضاء، فإن قَبِل ذلك مكنه منه، محتفظاً على المال لئلا يتلف، وإن امتنع منه باع عليه عقاره وغير ذلك من ماله.

وذهب أبو حنيفة إلى أن القاضي لا يبيع عليه شيئاً من ماله إلاّ أن يكون عليه ذهب وله فضة، أو عليه فضة وله ذهب، فإنه يصرف ذلك، أو تكون زوجة طلبت زوجها للإنفاق، فيبيع ذلك للإنفاق عليها. وهذا بناء على أصله: أنه لا يحجر عليه أن يبيع ماله بغير إخساره تحجير عليه، لكنه يرى أن القاضي يحبسه حتى يبيع بنفسه عقاره ويقضي ثمنها(2) غرماءه.

ونحن نبسط الكلام عليه في كتاب التفليس إن شاء الله تعالى.

وإذا تقرر الحجر وأحكامه، فلننظر الآن في من له الحجر:

فأمّا اليتيم السفيه الذي لا وصي له ولا مُقَامٌ، فالنظر فيه إلى القاضي: يتولى ذلك بنفسه أو يقيم له من ينظر فيه.

---

(1) سورة المطففين: 14.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: من ثمنه.

وأمّا/ الصغير الذي له أب، فأبوه يتولى الحجر عليه إلى أن يرشد. وإن مات الأب واستوصى عليه وصياً فهو المستحق للحجر عليه. وكذلك وصي الوصي يحل في هذا محل الوصي، كما حلَّ الوصي محل الأب.

فإذا رشد من له الأب ثم صار سفيهاً فما يحجر عليه إلى[1] القاضي، وليس ذلك لأبيه، لأنه قد خرج من ولائه، فصار بذلك كالأجنبي منه الذي ليس له من يستحق النظر له. فيكون الأمر فيه للقاضي.

وإذا حجر القاضي على أحد أشهد ذلك في مجلسه.

وأمّا فكّ الحجر، فقد قدّمنا أن سبب الحجر إذا ارتفع وزال عاد الأمر في المحجور عليه إلى ما كان/ عليه قبل ذلك.

وقال القاضي **عبد الوهاب**: «لا ينفكّ الحجر إلا بحكم حاكم»، كما تقدم ذلك عنه.

والمشهور من المذهب في الوصي والمقام إذا علما رَصيداً[2] لمن في ولائهما، وتبين ذلك لهما، أن لهما أن يدفعا إليه ماله. هكذا قال مالك رضي الله عنه.

وعلى ظاهر كلام القاضي **أبي محمد عبد الوهاب** يفتقر إلى[3] الدفع إلى حكم حاكم.

والذي قاله **مالك** رضي الله عنه هو مقتضى ظاهر القرآن كقوله تعالى: **﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾**[4].

---

(1) هكذا، ولعل الصواب: إلاّ.
(2) هكذا، ولعل الصواب: رُشْداً.
(3) هكذا، ولعل الصواب حذف: إلى.
(4) النساء: 6.

يخاطب تعالى سائر الذين في ولائهم من يجب الحجر عليهم بأن[1] يؤتوهم أموالهم إلى أن يبلغوا ويعلموا رشدهم فيدفعوا إليهم أموالهم. فجعل الدفع إليهم[2] لم يعتبر في ذلك حكم قاض. فكأن القاضي أبا **محمد عبد الوهاب**[3] أن الأحوط لمال اليتيم أن يكون الدفع بحكم قاض لأن السفه والرشد قد يفتقر فيهما إلى اجتهاد، فقد يعتقد الوصي رشد من في ولائه، وأنه قد صار في حيز من يصون ماله وينميه، والأمر بخلاف ذلك في الباطن. فإذا صُرف ذلك إلى القاضي استقصى الأمر فيه بحسب الاجتهاد ولم يوقع الحكم إلا بعد ثبوت ما يوجبه. وإن كان الأمر في ذلك يناط بالوصي فلا يحكم القاضي بارتفاع الحجر حتى يعذر إلى الوصي ويرى ما عنده. فقد صار ذلك مُناطاً بالوصي، فلهذا رأى **مالك** رحمه الله أن للوصي دفع ماله من غير افتقار إلى حكم حاكم.

وقد وقع **لسحنون** ما ظاهره يؤكد ما قلناه من[4] الأمر مناط بالوصي، وبنى، على قوله، فقال في رجل أتاه يتيمه فأخبره أن أباه استوصاه عليه وأنه تبين/ منه الرشد، وسأله في الحاكم[5] بإطلاقه. فبنى **سحنون** الحكم على أنه أتى فلان ومعه فتى ذكر أن اسمه فلان بن فلان، وأن أباه استوصاه عليه، وأنه قد تبين رشده، فأمرته بأن يدفع إليه ماله وأبرأته. فهذا إن أخذ على ظاهره صح إسناد الحكم إلى قول الوصي من غير أن يثبت ذلك عند القاضي. والأمر أن القاضي لا يحكم برشد المحجور عليه بمجرد خبره، وأنه المستحق النظر له (عندي رشد)[6].

---

(1) هكذا، ولعل الصواب: بأن لا.

(2) هكذا، ولعل الصواب: وَلم.

(3) هكذا، ولعل الصواب: رأى أن.

(4) هكذا، ولعل الصواب: من أن الأمر.

(5) هكذا، ولعل الصواب: الحكم.

(6) هكذا، ولعل الصواب: عند ترشيده.

وقد تأول بعض الأشياخ قول **سحنون** هذا على أنه إنما أراد بقوله «أمرته بالدفع» الإذن في ذلك على مقتضى ما وقع **لمالك** رضي الله عنه من كون الوصي له الدفع من غير افتقار إلى حكم حاكم.

وفي قوله «أبرأته» المراد به أيضاً: أبرأته من الدفع. يعني أثبت له ذلك إثباتاً، لأن الوصي لو نازعه من كان في ولائه في كونه دفع إليه المال، وأنكر اليتيم أن يكون قبض، لم يقبل قول الوصي إلا بالإشهاد. فكأن قول الحاكم «أبرأته» يريد: حكمت له بالبراءة من الدفع خاصة، (لا يكون المدفوع إليه رشيداً أو سفيهاً)[1].

ويمكن أن يكون «أبرأته» على مقتضى قوله: إن المال هذا وارثه رشيد، فيكون ذلك كحكم مشترط/ فيه أني أبرأته إن ثبت ما قال.

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب رحمه الله تعالى:

فأمّا المفلس إذا طلب غرماؤه أو بعضهم الحجر عليه، فإن الحاكم يحكم عليه ويمنعه التصرف في ماله.

قال الفقيه الإمام رحمه الله:

يتعلق بهذا الفصل ستة أسئلة، منها أن يقال:

1 ـ كيف صفة الحجر على المفلس؟

2 ـ ومن يستحق الحجر عليه؟

3 ـ وما الذي يباع على المفلس من ماله؟

4 ـ وما الذي يقع الحصاص به؟

5 ـ وما حكم المحاصّة التي يترقب انتقاضها؟

(1) هكذا في النسختين.

6 ـ وما الحكم في المحاصّة بمال لا يستقر ملكه إلا بعد الموت؟.

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال:

قد قدمنا اختلاف فقهاء الأمصار في صحة الحجر على المفلس، وذكرنا أن مالكاً والشافعي اتفقا على أن الحاكم يحجر عليه إذا سأله غرماؤه في ذلك، وكان ما في يديه عن[1] حقوقهم، وقد وجبت لهم المطالبة به. وذكرنا أن أبا حنيفة/ أنكر الحجر على المفلس، وهذا مع اتفاق الجميع على أن القاضي إذا نصب لاستخراج الحقوق وممن[2] هي عليه إذا امتنع من أدائها، ولكن رأى مالك والشافعي أن وجه استخراجها المؤدي إلى أخذ كل ذي حق حقه أن يحول بين المفلس وبين ماله إن امتنع من القضاء. ويمنعه من التصرف فيه ويبيعه عليه حتى يستوفي الغرماء حقوقهم.

ورأى أبو حنيفة أن المفلس حر بالغ عاقل رشيد. ومن كان كذلك فلا يمنع من التصرف في ماله. وكون هؤلاء لهم حق عليه في ماله يصح أن يوصلهم الحاكم إلى حقوقهم بأن يسجن المفلس ويضيّق عليه حتى يبيع عقاره وأثاثه بنفسه ويقضي ما عليه.

وهذا الذي قاله لا يكون سبباً عاماً موثوقاً به في حق كل واحد: إن هذا مما يؤدي إلى أخذ كل ذي حق حقه، لأنه من يتجلد على الحبس والتضييق، ويطول ذلك فيصير ذلك مماطلة بحق على مليء به أو ببعضه وهذا إضرار بالغرماء. والحجر عليه يتعلق بكل تصرف ينقص المال الذي في يده، فليس للمفلس الذي حكم بالحجر عليه أن يعقد عقداً لا معاوضة فيه مما يعود بانتقاص المال الذي في يديه كإعتاقه عبده عتقاً ناجزاً أو عتقاً مؤجلاً، وتكون

(1) هكذا، ولعل الصواب: من.
(2) هكذا، والأوْلى حذف الواو.

خدمة العبد إلى أجل ليس فيها إن بيعت ما يقضى منه الدين، ونقص ثمن الخدمة عن ثمن الرقبة إن بيعت بالنقد. وكذلك ليس له أن يدبّر عبده أيضاً، على حسب ما قلناه من العتق المؤجل، وكذلك ليس له أن يهب أو يتصدق أو يحبّس، لأن جميع ذلك إبطال لحق الغرماء ونقص من المال الذي استحقوه.

وأمّا العقود التي بغير معاوضة ولكنها لا تنقص المال، كطلاقه لزوجه وخلعه ولعانه واستلحاق نسب أو نفيه، أو عفوٍ عن جراح عمد أو عن حدّ وجب له، فجميع هذا لا يناوله[1] الحجر عليه.

وأما عقود المعاوضة التي هي بيع وشراء، فإنها موقوفة على ما هو أوفر للغرماء وأقرب إلى استيفاء/ حقوقهم إذا كان البيع والشراء مصروفاً إلى المال الذي وقف. وأما إذا كان مصروفاً إلى ذمته وعقد ذلك على وجه جائز كسَلَم يسلم إليه فيه إلى أجل بعيد، يصح العقد عليه أو ما في معنى ذلك، فليس لغرمائه أن يمنعوه من ذلك لأنه لا يعود بانتقاص المال الذي استحقوه./ فإن باع بيعاً بعد الحجر من السلع التي وقفت للغرماء، فإن رأى القاضي أن أخذ أثمانها أوفر للغرماء وأفيد من فسخ البيع أمضاه، وإن رأى أن فسخ البيع والنداء على السلعة أوفر للغرماء وأفيد فعل ذلك.

فكذلك سبيلك فيما اشتراه على أن يؤدي ثمنه من المال الموقوف.

واختلف قول **الشافعي** في هذه المسألة: فرأى مرة أن عقوده هذه على الوقف حتى ينظر فيها: هل يفضل بعد قضاء ديونه فيمضي عقده فيهما؟ أو ينقص فينظر في عقده أيضاً.

وقال أيضاً قولاً ثالثاً: إن عقوده تفسخ على كل حال. وكأنه رأى أنه لمّا حيل بينه وبين ماله، ونهي عن التصرف فيه، صار عقده عقداً منهياً عنه يدل على فساد المنهي عنه. وهكذا مذهبه فيمن غصب سلعة فباعها أن البيع يفسخ ولا

(1) هكذا، ولعل الصواب: يتناوله.

يُمَكَّن الذي غُصبت منه السلعة من إجازة البيع، خلافاً للمشهور من مذهبنا.

وقد حكى **ابن شعبان** عن بعض أصحابنا: أنه يرى في **ذلك** ما رآه **الشافعي** من كون بيع الغاصب يفسخ على كل حال وقد كُنَّا قدّمنا نحن في غير هذا الموضع أن النهي إذا كان لحقوق الخلق لم يؤثر فساداً في العقد قياساً على المصرّاة. والنهي هاهنا راجع لحقوق الخلق.

ثم قد تقرر أن الحاكم إذا انتزع مال المفلس من يديه وحجر عليه التصرف فيه لحق الغرماء، صار ذلك كالرهن يرهنه من له الدين فبيع الراهن فيه لا ينفذ، وقد تعلق حق الورثة بمال من يرثونه إذا مرض، ثم لو باع جميع ماله بأعواض لا محاباة فيها لمضى بيعه، ولم يمنع من ذلك تعلق حق الورثة بماله مع كونهم يستحقون غير ما في يديه ولا يستحقون في ذمته شيئاً؛ بخلاف المفلس الذي يستحقون حقوقهم في ذمته لا عين ما في يديه بل مقدار ما في يديه. فإذا جاز للمريض في ماله عقود المعاوضة، فكذلك يجوز للمفلس المحجور عليه. لكن الحجر على المفلس أضيق من الحجر على المريض، ألا ترى أن المريض له أن ينفق من ماله في الأشربة والأدوية وطيّب الطعام، ما ليس للمفلس أن يفعله، وإنما للمفلس ما يفرضه القاضي من قوته، على ما يبسط في كتاب التفليس إن شاء الله تعالى. وهذا يقتضي القدح في قياس المفلس/ على المريض لكونهما يختلفان في السعة والتضييق. والذي ذكرناه عن **الشافعي** فيما يتصرف فيه المفلس ويعقده على نفسه في المال الذي حُجر عليه فيه من بيع أو شراء هو بنفسه قال فيه قولين:

أحدهما إبطال هذه العقود. والثاني كونها موقوفة على اعتبار ما يظهر بعد قسمة المال: هل تفضل/ أو يطرأ مال تخرج منه هذه العقود كلها؟

قال: وبهذا يفتي وعليه يناظر. ووجهه ما أشرنا إليه من كون التصرف لم يصادف مالكاً محققاً يجوز له التصرف فيه، فصار تصرفه باطلاً كتصرف الإنسان في مال غيره بغير إذنه. فإذا قيل بهذا المذهب الذي هو إبطال العقود في الحال

من غير انتظار ما ينكشف بعد قسمة المال. فلا تفريع على هذا.

وإن قيل بالوقف: فإن **أبا حامد الإسفراييني** فرع هذا على أحد قوليهم بأنه إذا ظهر بعد قسمة المال فضلة، فإنه يرد من عقوده الأضعف فالأضعف. فلو فضل بعد قسمة المال فضلة وقد باع ووهب وأعتق فإنه رأى أن التفريع على هذا القول رد الهبة لكونها أضعف من البيع الذي هو المعاوضة، والهبة بغير معاوضة أضعف من العتق الذي له حرمة ويستكمل على الشريك المعتق نصيبُ شريكه لحرمة العتق. ثم يلي الهبة في الإبطال البيع لأنه وإن كان عن معاوضة فإنه ليست له حرمة العتق، فكان العتق أقوى هبة[1]، فوجب أن يقدم إمضاؤه في الفضلة التي تبقى بعد قسمة المال على الغرماء لحوالة سوق أو لطريان مال.

وهذا الذي فرعه من قال بالوقف، فإنا نحن من القائلين به، ولكن تفترق من (أمين)[2] وموافقيهم في هذه الطريقة لأنهم يرون الحجر يوجب تأثيراً في العقود: إمّا إبطالها جملة، وإما ضعفها وكونها معرضة للإبطال.

ونحن نرى إذا ظهر أن العتق والبيع والهبة كانوا[3] في حين إيقاعهم مما يجب أن يمضي لو اطلعنا على غيب ما يكون في المستقبل ويظهر، لم يحجر عليه فيها ولا تعقبنا عقوده في عتق أو بيع أو هبة.

وأمّا البيع فقد ذكرنا أنه لا يتعقب إذا كان بالقيمة فلو فضلت فضلة بعد قسمة المال فإن البيع قد ذكرنا أنه يجب إمضاؤه، إذا لم يكن إمضاؤه فيه ضرر على الغريم. هذا بفور البيع، فكيف به بعد قسمة/ المال وزوال حق الغرماء فيه.

---

(1) هكذا، ولعل الصواب: جَنْبَة.

(2) هكذا.

(3) هكذا، ولعل الصواب: كانت.

وأما العتق والهبة فيجب أن يقدم الأسبق منهما، فإن كان عتقه سابقاً لهبته وفضلت فضلة صرفت إلى العتق إن لم يكن فيها محمل للهبة مع العتق. وإن كانت الهبة أبتّها، وقلنا: إنه لا رجوع للواهب في هبته، وهي لازمة بالقول كالبيع، فإنها تتقدم على العتق إذا وهب سلعة ثم بعد ذلك أعتق عبداً. وسنتكلم على ما وقع في **المدونة**: ثم بعد ذلك وهبها لآخر حازها عنه أو وهب عبداً ثم أعتقه.

وأمّا كتابة المفلس لِعبد دخل في الحجر مع جملة المال، فالظاهر من المذهب أنه لا ينفذ عقده فيه كالعتق. لكن اختلف المذهب على قولين في الكتابة هل هي من ناحية العتق وأحكامه تغلب عليها، أو من ناحية البيع، لما كان العبد إنما يعتق بعوض وأحكام البيع تغلب عليها؟

فإذا قلنا: إنها كالبيع نظر إلى قيمة الكتابة لو بيعت، فإن وفت بقيمة الرقبة نقداً، أو بيعت للغرماء حتى يظهر أنه لا ضرر عليهم/ في أمضائها ولا انتقاصَ في ما يأخذونه من المال جاز ذلك، كما قدمناه في بيع المفلس سلعة مما حجر عليه.

وقد ذكر **أبو حامد الإسفراييني** أن **المزني** اختار القول الذي اختاره وهو في كون عقود المفلس المحجور عليه محمولة على الإبطال.

واحتج **المزني** بأن **الشافعي** قطع بأن الكتابة مردودة. قال **أبو حامد**: فيقال له: يا أبا ابراهيم، والكتابة أيضاً مختلف فيها كما اختلف في عقوده كلها التي ذكرناها.

وأمّا استيلاد المحجور عليه لأمة فيها[1]، فإنه لا يكون تعدّيه في وطئها مبيحاً لإرقاق ولده الحر، لأن من وطئ أمته فأولدها فولده حر بإجماع. لكنه إذا كان لا حجر كانت بهذا الولد الحرّ المجمع على حريته أُمَّ ولدٍ لا يجوز بيعها،

(1) هكذا.

وهذا لمّا تعدّى في وطئها لم يبطل حق الغرماء في عينها، وهي لما وقفت لهم لمن[1] يكن عندها ولد رقيق يجب أن يوقف، فتعدى عليها السيد وإنما افتات[2] رقبة الأمة فتؤخر، فإذا انفصل ولده منها بيعت للغرماء، ولا تباع بولدها وهو حرّ ولا تباع ويستثني ما في بطنها، فكان الواجب تأخير بيعها إلى أن تضع.

وأمّا لو عقد نكاحها بعد الحجر عليه على أن الصداق لا/ يكون في المال المحجور عليه فيه، فإن ذلك ماض إذا عقد على وجه صحيح/ ولا مقال للغرماء لأن مقالهم إنما هو في المال ألاّ يتلفه ولا ينقصه عليهم، وهذا ليس فيه انتقاص لما استحقوه من هذا المال.

وأمّا إن عقد النكاح على أن يكون الصداق من أعيان المال المحجور عليه فيه، فإن ذلك لا يمكّن منه ويصير كمن تزوج بمال غيره، فيجرى حكمه على ما يذكر في كتاب النكاح إن شاء الله تعالى.

هذا حكم عقوده في ماله.

وكذلك لو أتلف مالاً لغيره بعد الحجر لم يجب أن يشارك صاحبُ المال المتلَف للغرماء، الذي حجر عليه المال لحقهم، لأن ذلك كدين استدانه بعد الحجر، فإنما يكون في ذمته فيما يكتسبه فيما بعدُ على حسب ما يفصل فيما بعدُ إن شاء الله تعالى.

وأمّا إقراره بعد الحجر عليه بحقوق وديون زعم أنها سبقت التحجير عليه، فإنه إذا قام الغرماء عليه ليفلسوه، فإنه وجه العمل فيه أن يسأل عن كل ما عليه، فإذا استوفي ذلك واستسلم، وزعم أن هذه الحقوق هي جملة ما يَعرِف، ثم أتى بعد ذلك مُقِرًّا بدين رجل لا يتهم في إقراره له، فإن بعض الأشياخ أشار

---

(1) هكذا، ولعل الصواب: لمْ.

(2) هكذا.

إلى أن ذلك لو كان بالقرب لقبل منه، ويستدل على ذلك بقوله في المقارض إذا فاصل ربّ المال وسلّم إليه ماله وربحَه ثم أتى بالقرب يزعم أنه نسي نفقة، فإن القول قوله في ذلك. فكذلك يجب أن يكون من المفلس. وهذا الذي أراد أن يخرّجه من هذه الرواية يقدح فيه بما أشرنا إليه من أن المفلس إذا حكم الحاكم بالحجر عليه، وأنه ليس له تصرف في هذا المال، قبل[1] إقراره بعد ذلك كالمبطل للحكم الذي نفذ/ من القاضي المحجر عليه، وكأنه أقرّ لأجنبي بمال في يد أجنبي آخر.

والعامل في القراض لم يبْدُ منه مَا يدل على المنع من قبوله قوله، وليس دفعه المال والربح ما ينافي كونه له حق في بعض ما دفع أغفله ونسيه. هذا حكم إقراره. وإذا حكم بالحجر، فالظاهر من المذهب ردّ إقراره. هذا حكم الإقرار بديون في الذمم.

وأمّا لو ثبت على المفلس دين من ثمن سلعة، فقال بعد التفليس: هذه هي. هل يقبل إقراره أم لا؟

فقيل: لا يقبل حتى تعينها البينة التي شهدت بالبيع والثمن، فحينئذٍ يكون أحق بها من الغرماء. وقيل يقبل إقراره.

وأمّا لو كان التفليس/ لأحد الصناع فقال: هذا لفلان أخذته لنحوكه أو لنصوغه أو شبه ذلك ففيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أن ذلك يقبل منه، إذ لو لم يقبل منه لهلكت أموال الناس، لأن الشهادة على التعيين في هذا تتعذر.

وقيل: لا يقبل ذلك منه للتهمة بأن يكون يصانع بهذا الإقرار من يرد عليه ما أقر له به.

---

(1) هكذا، ولعل الصواب: قبول.

وقيل: إن علم أن المقر[1] دفع إليه جنس ما أقرّ له به، وشهدت بذلك بينة صدقته على الجملة دون التفصيل والتعيين، قبل قوله في التعيين، وإلاَّ لم يقبل، إذا لم تعلم أصل الدفع إليه البينة. وقد يستدل على صدقه بعلامات. وقد يستظهر باليمين على المقر[1].

وذكر **الشافعي** أن إقراره بعد الحجر فيه قولان، واختار قبول الإقرار، واحتج له بأنه لو لم يقبل لاقتضى ذلك كون القصار والصباغ إذا فلسا وأقرّا بسلع في أيديهما لمن استصنعهما بقصارة أو صباغ، لا يقبل ذلك منهما، وهذا يؤدي إلى تلف أموال الناس.

وكذلك الدلال الذي يبيع الخدم إذا فلس.

قال: وكذلك لو أقرّ المفلس بأن عبداً من عبيده الذين حجر عليه فيهم عبد قد أبق، فإنه إن لم يقبل إقراره صار ذلك العبد يباع عليه في الدين والعهدة عليه فتلزمه عهدة قد تبرّأ منها. وهذا يقتضي قبل[2] إقرار المفلس بعد الحجر. وسنتكلم على إقرار الصناع لبعض من استصنعهم إن شاء الله تعالى. فإن لم يقع الحجر ويحكم به فإنه لا يخلو من أن يكون لم يتبين فلسه ولا أحاط الدين بما في يديه، فإنه إذا كان ذلك كذلك قبل إقراره على الإطلاق، وإن كان أحاط الدين بما في يديه قبل إقراره لما لا يتهم عليه في إقراره. هذا هو المشهور من المذهب.

وذكر **اسماعيل القاضي** في **المبسوط** عن **ابن نافع** أن إقراره لا يقبل بدين على الإطلاق. فكأنه رأى أنه لما حسّ بكون ما في يديه مستحقاً عليه سهل عليه الإقرار لمن يستحق ولمن لا يستحق.

ورأى الجماعة أن ذلك لا يقع فيه العاقل غالباً: أن يعمر ذمته ويجعل

---

(1) أي: المقَرّ له.

(2) هكذا، ولعل الصواب: قبول.

عليه تباعة بحق، وليس ذلك عليه ولم تدفعه إلى ذلك ضرورة، ولا له فيه منفعة، بل عليه المضرة بطلب المقَرّ له في الحال أو في المآل.

وأمّا إذا أحاط الدين بما في يديه وأقرّ لمن/ يتهم عليه: ففيه قولان. واختلف الأشياخ في المختار من القولين:

فقال بعضهم: الصواب إمضاء إقراره لأنه يطالب في المستقبل بما انتقص/ من مال الغرماء الذين وقع التحجير لأجلهم. فالتهمة وإن تصورت من كون المقَرّ له أباً أو أخاً فهي تنتفي من جهة ما يدركه من نفسه من الضرر والمطالبة بسبب هذا الإقرار.

ورأى بعضهم أن المختار ردّ إقراره، لكونه إذا كان قريباً فإن التهمة تقوى في أن يقرّ له بمال يحاصّ به الغرماء ثم يعيده عليه معجَّلاً ينتفع به، وذلك أفْيَدُ له من كونه يُتَرقَّب مطالبته فيما بعد، والنفوس مجبولة على إيثار العاجلة. والأوْلى الالتفات إلى كل واقعة، فقد يصحب الواقعة من قولين[1] الأحوال ما يقوى التهمة أو بعضها[2].

وأمّا إذا قام عليه الغرماء، فهل يكون قيامهم كالحجر فيردّ إقراره؟ أو يكون قيامهم لا حكم له فيجري الأمر فيه على ما قدمناه من التقسيم؟

اختلفت ألفاظ المذهب في هذا، فقيل: إذا قاموا عليه ليفلسوه لم يقبل إقراره.

وقيل: بل إذا قاموا عليه ليفلسوه وسجنوه، فحينئذٍ لا يجوز إقراره.

وقيل: بل إذا اجتمع الغرماء لتفليسه، وحالوا بينه وبين ماله، واستسلم، فإنه لا يجوز إقراره.

وهذه العبارات تحويم على المعنى الذي يقوم مقام الحكم بالحجر لمّا

---

(1) هكذا، ولعل الصواب حذف: قولين.

(2) هكذا، ولعل الصواب: يضعفها.

كان الحجر عن هذه الأسباب التي ذكرناها يقع، ولأجله يحكم بالحجر. فمن اشترط الحبس قدر اعتقاله في نفسه كاعتقال ماله والحجر عليه فيه. ومن لم ير ذلك، وأشار إلى اعتقال ماله والحيلولة بينه وبينه، فإنه رأى أن ذلك المقصودُ الذي يتعلق به الحكم حتى يصير المال كالمرتهن للغرماء.

وإن لم يكن الغرماء قاموا عليه ليفلسوه ولكن تشاوروا في تفليسه فاجتمع رأيهم عليه فبادر أحدهم إلى استقضائه ماله عليه من الدين لينفرد بذلك دون أصحابه الذين تشاوروا في تفليسه، فإن في ذلك قولين:

أحدهما: أن ذلك يحل محل الحجر: إذا وقع الحجر فليس لأحد الغرماء أن يأخذ من ماله شيئاً.

والقول الآخر: إن ذلك يمضي له وإن هذا التشاور واجتماع رأيهم على تفليسه لا يحل محل الحجر عليه.

وقد اختلف قول **مالك** في **المدونة** فيمن أحاط الدين بماله، فخصَّ بعضَ غرمائه بقضاء دينه، ولم يقض الآخرين، أو أرهنه رهناً بدينه، فمرّة أمضى ذلك. ومرة ردّه. وهذا إذا كان الارتهان بدين استقر في ذمته. وأمّا إن كان رهناً دفعه/ في ثمن عقد به سلعة وشرط بائعها أن يعطيه رهناً بالثمن، فإن هذا الرهن يجري مجرى بيعه وابتياعه. وقد قدمنا أن بيعه بالقيمة يمضي من غير خلاف. وكذلك شراؤه بالرهن المشترط في عقد بيع يحل محل الثمن الذي يشتري به سلعة ويمسكها بائعها حتى يدفع الثمن إليه.

وهذا الذي ذكرناه من اختلاف قول **مالك** إمضاء قضائه إذا أحاط بماله، منشأ الاختلاف فيه هل عامله الغرماء على أن يتصرف في ماله بالبيع والابتياع وفضل/ الديون، أم لم يعاملوه على ذلك إلاّ بشرط أن يكون في يديه ما يُقتَضى منه جميع الحقوق التي هي عليه، فيجوز قضاؤه؟ فاتضح الأمر في العوائد على أنهم عاملوه على أنه يتصرف تصرفاً ينمي به المال لا تصرفاً يؤدي إلى نقص حقوقهم، والبيع والشراء بالقيمة لا ينقص من حقوقهم شيئاً، والقضاء ينقص من

حقوقهم، فأشكلت العادة فيه: هل هذا مما دَخل عليه الغرماء معه، لكونه وإن كان نقصاً في الحال فهو إنماءٌ في المآل، لكونه إذا قضى أحد الغرماء عامله الناس الذين يقضي ما عليه من الحقوق أو الأمر بخلاف ذلك؟

ولم يختلف المذهب عندنا في أنه إذا تصرف تصرفاً ينقص حُقوقهم، وليس فيه طلب تنمية المال في الحال ولا في المآل، أن ذلك لا ينفذ، كعتقه عبده أو هبته لرجل بعض ماله.

لكن القاضي أبو محمد عبد الوهاب حاول أن يخرّج في عتقه وهبته اختلافاً من اختلاف قول مالك في إجازته له أن يقضي بعض غرمائه دون بعض، فأنكر بعض أشياخي هذا التخريج لأجل ما أشرنا إليه أن القضاء لبعض غرمائه يؤدي إلى الثقة به في المعاملة وإذا عومل نما ماله ووجد ما يقضي منه الديون. والإعتاق والهبات خسارة محضة ونقص في المال لا يفيد نموًّا في الحال ولا في المآل، فلا يحسن الخلاف فيه كما يحسن الاختلاف في جواز قضائه ديون بعض غرمائه وقد أحاط الدين بماله.

ولأجل هذه الإشارة التي أشرنا إليها من التعليل المفرق بين عتقه وهبته وقضائه لبعض غرمائه إذا[1] ذلك الشيخ **أبا القاسم السيوري** رحمه الله إلى[2] أن استفتاه بعض القضاة في رجل عليه دين لجماعة أحاطت بما في يديه فقضى جميع ما في يديه لأحد غرمائه،/ فأشار إلى أن ذلك لا يختلف في رده، وإنما اختلف في كونه يقضي بعض ما في يديه ويمسك بعضاً يعامل به الناس، فيتصور هاهنا كون ما قضاه فيه تنمية في المال. وأما إذا عاد فقير إلىّ شيء[3] في يديه فإنه لا يعامل، فيكون ذلك ضرراً بيّناً ببقية غرمائه. وقد رأيته في بعض التعاليق عن بعض الأشياخ القرويين أنه أشار إلى قريب مما أشار إليه **السيوري**، فقال:

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أدّى.

(2) هكذا في النسختين.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: عاد فقيراً لا شيء. . . .

لو كان الدين إلى أجل فجعله لمن استحقه مؤجلاً، وقد أحاط الدين بما في يديه، فإن ذلك يردّ، ولا يختلف فيه كما اختلف في قضاء بعض الديون، لكون الغرماء لم يعاملوه أيضاً على كونه يقضي ديوناً آجلة ويترك قضاء ديون حالة.

وحكيت هذا في بعض مجالس[1] وكان حاضراً أحد مشائخ المفتيين، فقال: إن هذا يجب رده من طريقة أخرى، لأن الدين الآجل لو بيع بالنقد لم يساوِ مقدار عدده الذي يؤخذ حالاً إذا قضاه كاملاً، فصار الزائد على ما بين قيمته آجلاً وقيمته حالاً كالهبة، والهبة ترد من غير خلاف منصوص في المذهب كما ذكرناه.

وهذا الذي قاله صحيح، وإنما يبقى النظر: هل يرد جميعها؟ ومقدار هذه/ المحاباة التي بين القيمتين التي تجري مجرى الهبة.

وعلى التعليل الذي ذكرناه نحن في أن الاعتبار بما عامله عليه (غرماؤهم يعاملوه)[2] على تعجيل دين آجل، إذ تبين فلسه يجب أن يردّ جميعه لا قدر المحاباة كما يقتضيه التعليل الآخر.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

إذا كان من عليه الديون في يديه ما يقتضي منه جميعَها على الكمال، فلا مدخل للتحجير عليه، لأن القاضي إنما نُصب لاستخراج الحقوق إذا طلبها أهلها، وهو إذا كان عنده ما يفي بجميع ما عليه من ديون، أَمَره بقضائها، أو انتزع القاضي ما في يديه فقضاه لغرمائه، إن لم يقض هو ذلك بنفسه، أو تعذر قضاؤه بنفسه.

وأما إذا كان ما في يديه يَقصُر عمّا عليه من الديون الحالّة، وليست

---

(1) بياض في النسختين بمقدار كلمة.

(2) هكذا في النسختين.

عليه ديون آجلة، فهو الذي تقدم الكلام عليه وذكرنا صحة الحكم عليه بالتحجير.

وإذا اجتمع جميع غرمائه على تحجيره حَجَر لهم عليه وقسم ما في يديه عليهم بقدر أموالهم.

وإن طلب بعضهم التحجير وأباه بعضهم، كان من حق من طلب التحجير أن يحجر له عليه، ويسقط[1] ما في يديه على من طلب التحجير ومن أَبى منهم، فيدفع لطالب التحجير ما ينوبه/ في الحصاص، ويُبقي الآخرون[2] ما ينوبهم في يده إن شاؤوا، ولا يكون في هذا الذي أبقوه في يده للمانعين من التحجير حق لمن طلب التحجير وأخذ ما نابه في الحصاص.

وإن كانت عليه ديون حالّة وديون آجلة، فهل تحل الديون الآجلة أم لا؟ اعتبر في ذلك مقدار ما في يديه ومقدار ما حل عليه. فإن كان فيما في يديه نقص عن حقوق الذين حلّ ديْنهم فإنه يحكم هاهنا بتفليسه والتحجير عليه، حلت[3] عليه الديون الآجلة، على ما سيأتي بيانه وذكر خلاف الناس فيه.

وإن كان مقدار ما في يديه هو مقدار الدين الذي حل عليه سواء بسواء، فاختلف الأشياخ في هذا: هل تحل الديون الآجلة ويحكم بالتفليس أم لا؟ فكان من منع من الحكم بالتحجير هاهنا ولم ير حلول الديون الآجلة، لكن الغريم[4] وجد سلعته التي باعها بعينها يكون أحق بها، يقول: فإن الغريم[5] إذا كان عليه ديون لجماعة، وفي يديه ما يوفي جميعها على الكمال، لا تجري عليه أحكام

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ويقسِّط.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: للآخرين.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: زيادة الواو.

(4) المعنى على تنظير المسألة بالغريم الذي وجد سلعته.

(5) أي المدين.

المفلس، لكون كل طالب حق يوصله القاضي منه إلى جملة حقه على الكمال، ولا معنى لتفليسه.

وإذا لم يكن من حق أصحاب الديون الحالة تفليسه لأجل ما ذكرناه، وأصحاب الديون الآجلة لم يستحقوا المطالبة بها، فيستحقون تفليسه، بطل تصوّر الحكم بتفليس هذا، لكون الطائفة التي حلّت ديونها يأخذون جميع حقوقهم. على أن أصحاب الديون الآجلة إنما عاملوه على أنه يعامل الناس (ويثقون الناس)[1] في معاملته بذمته فإذا أخذ هؤلاء حقوقهم على الكمال، وبقي لا مال له، صارت ذمته معينة[2] لا يعامله أحد، وأصحاب الديون الآجلة/ إذا لم يدخلوا على العيب في ذمته فكان[3] من حقهم تفليسه لأجل الضرر اللاحق بهم من فقد معاملة الناس له.

وأما إذا كان[4] في يديه يستوفي منه جميع غرمائه الذين حلت ديونهم حقوقهم على الكمال أو[5] تفضل فضلة تبقى في يديه، قال **ابن المواز**: في هذا: إنه لا يفلس لأجل ما قدمناه من كون التفليس لا يستحقه أصحاب الديون الحالة والآجلة.

وأشار بعض الأشياخ إلى حمل مقالة **ابن المواز** على أنه يبقى في يديه فضلة يعامل الناس بها ويتاجرهم فيها يرجى تنميته لها ما يقضي به حقوق أصحاب الديون الآجلة إذا حلت.

وهذا التأويل الذي أشار إليه بعض الحذاق هو مبني على إحدى الطريقتين/ اللتين حكيناهما من اختلاف المتأخرين في تفليسه إذا كان الذي في

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ويثقون. ـ بحذف الناس.
(2) هكذا في النسختين، والصواب: مَعِيبة.
(3) هكذا في النسختين، والصواب: حذف الفاء.
(4) هكذا في النسختين، والصواب: زيادة (ما).
(5) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وتفضل.

يديه لا تفضل منه فضلة تبقى لأصحاب الديون الآجلة. وقدّر أنه إذا كانت الفضلة لا بال لها فإنها كالعدم، ويلحق بما قلناه من غريم[1] لم يكن في يديه إلا مقدار الحقوق الحالة لا أكثر من ذلك.

وهذا الذي قاله يصح تصوره إذا كانت فضلة لا يعامل الناس عليها ولا يتأتى فيها تنمية. وأمّا إذا كانت مما يتأتى فيها التنمية التي يرجى منها قضاء الحقوق الآجلة فإن التفليس لا معنى له، كما أشاروا إليه. هذا حكم اختلاف الغرماء في تفليس المديان.

وأما صحة حكم[2] مع ثبوت ملائه وتعذر إكمال ما عليه من الحقوق لغيبة ماله، إذا طلب الغرماء (تفليس غرمائهم)[3] لكون ما في يده نقص من حقوقهم ولا مال له سواه حاضراً أو غائباً، فقد ذكرنا أنه يفلس لهم.

وأمّا إن كان له مال غائب، الظاهر أنه لا يصل إليه ويخشى كلفة أو يُشك في ذلك، فإنه يحكم بتفليسه، وتحل عليه الديون المؤجلة، ويكون من باع[4] سلعة أحق بعينها.

وأما إن كان الظاهر كون المال الغائب حاصلاً يؤمن عليه حتى تقضى الديون منه، فإن المذهب على قولين:

ذهب **ابن القاسم** إلى أنه لا يفلس. وفلسه **أشهب**.

وكأن **أشهب** رأى أن التفليس هاهنا يتعذر[5] إكمال الحقوق لأربابها، فلا فرق بين أن يتعذر إكمالها للفقر والعُدم أو لغيبة المال.

---

(1) أي المدين.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة: تفليسه.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب حذف (غرمائهم) فيَصير: تفليسه.

(4) أي: له.

(5) هكذا، ولعل الصواب: لِتعذُّر.

وقد رأى **ابن القاسم** أن التفليس لا يقع هاهنا لا[1] غيبة المال كحضوره مع[2] تعذر بيعه في الحال وفي الزمن القريب.

وبالغ **أصبغ** في الحكم بتفليسه كما قال **أشهب**.

ويكتب بتفليسه ويُسْتتمّ الحجر عليه. فأشار إلى أنه إذا فلس هاهنا، وحاصّ أصحاب الديون المؤجلة أصحاب الديون الحالّة، ذهب من بقي له مؤجل إلى البلد الذي به المال فإنه يعجَّل له ما بقي من دينه فإن[3] كان الأجل لم يحل، لأجل ما تقدم من الحكم بحلول ديونه الآجلة لمّا حكم بتفليسه.

واستبعد بعض الأشياخ هذا، ورأى أن علة إسقاط الأجل الذي للغريم فيه حق، وتعجيل الديون الآجلة حتى يستحق أصحابها المطالبة بها لمخافة ألاّ يجد[4] ما يأخذون منه ديونهم إذا حلت/ الآجال، وهاهنا قد أُمن من ذلك، ووصلوا إلى موضع، غريمهم[5] فيه مال مأمون، فيجب ألاَّ يعجل لهم قضاء حقوقهم/ قبل أجلها لارتفاع العلة التي لأجلها عجلت حقوقهم.

هكذا يجب عنده ألاَّ تعجل لهم حقوقهم إذا فلس الغريم، وطرأ له مال من ميراث، فإنهم يطالبون غريمهم بأن يأخذوا منه ما بقي من حقوقهم المؤجلة قبل أجلها، بل[6] ما تعجلوه وحاصّوا به أصحاب الديون الحالة يبقى لهم، وما بقي لهم من الحقوق الآجلة لا يستحقون المطالبة بها عاجلاً.

وعلى ما أشار إليه **أصبغ** يستحقون المطالبة بما بقي لهم عاجلاً، كما لا يرد ما قبضوه لأجل طريان مال ورثه غريمهم. فكما لا ينقض الحكم فيما قبضوه

(1) هكذا، ولعل الصواب: لأنّ.

(2) أي وإنْ.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وإنْ.

(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يوجد.

(5) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة: (له) ليستقيم المعنى.

(6) هكذا في النسختين، ولعل الصواب عوض (بل): فإنّ.

كذلك لا ينقض فيما طلبوا قبضه من المال الطارى. وهذا الذي استبعده بعض الأشياخ غير بعيد على إحدى الطريقتين عندنا في الحكم إذا وقع في الظاهر (وصواباً فالكشف في المال أنه ليس بصواب في الباطن لو اطلع عليه)[1].

وقد اختلف القول في **المدونة** في المفقود إذا حكم بتمويته، فتزوجت زوجته، فلم يدخل بها الزوج الثاني حتى قدم المفقود حياً: هل ينقض نكاح الثاني أم لا؟

فقيل: لا ينقض مع القطع على أن الحكم الواقع بتمويته، وإباحة الزوجة للأزواج، كان خطأ في الباطن الذي استأثر الله سبحانه بعلمه، إلى غير ذلك من المسائل المذكور فيها الخلاف في مثل هذا.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال:

قد تقرر وجوب التنصلّ من الحقوق والديون، وأن المطل من القادر على أداء الدين ظلم، والظلم من المنكرات، والمنكر يجب على ولاة الأمر تغييره فإذا فلس القاضي رجلاً عليه ديون، وحجر عليه في ماله، وامتنع من القضاء وبيع أمواله بنفسه، فإن القاضي يبيع عليه كل ما في يديه من كسبه، قلّ أوْجلّ. هذا هو الأصل. قد جنح إليه **ابن كنانة** من أصحاب **مالك**، قال: ولا يترك للمفلس شيء. وانفرد بهذا المذهب دون **مالك** وأصحابه فإنهم اتفقوا على أن المفلس يترك له من ماله بعض ما لا بدَّ منه ولا غنى له عنه. هذا القول على الجملة ومعلوم أن ستر عورته واجب عليه، وإن عجز عنه وجب ذلك على المسلمين. وكذلك حفظ حياته بالغذاء واجب عليه، فإن عجز عنه وجب ذلك على المسلمين فرضاً على الكفاية فمن قام به منهم سقط الفرض عن الباقين. فلو أوجبنا على القاضي/ أن يبيع عليه ثوبه لأدَّى ذلك إلى كشف عورته أو تلف نفسه، لعدم ما يستره. فكان الواجب إذا عجز هو عن ذلك أن يتكلف له به

(1) ما بين القوسين هكذا في النسختين، ولعل الصواب: صواباً فانكشف الحال. . . .

المسلمون، وأحقهم بتكلف ذلك الغرماء الذين طلبوا إزالة ما عليه من ستر، وأخذ ما في يديه من طعام، فكأنهم هم الطالبون لإحداث هذا المنكر، فوجب عليهم ألاَّ يفعلوه. وقد علم أن المرأة لا تلزمها نفقة ولدها إذا كان الأب/ معسراً، ومع هذا يلزمها رضاعه، وإن كانت صيانة حياة الطفل من فروض الكفاية فأحق الناس بهذا الفرض الأمّ لاختصاصها به، وطلبها أن تنبذه فيهلك، فنهيت عن ذلك.

وإبقاء شيء في يديه إضرار بغرمائه، ونزع ما عليه مما يحتاج إليه وأخذ طعامه أو ثمن الطعام حتى يبقى جائعاً يخشى عليه إضرار به هو أيضاً، فيغلب أحد الضررين فيترك له من الطعام ما يعيش به هو وأهله الأيامَ.

هكذا ذكر في **المدونة** من غير تحديد الأيام ولا تقدير. وفي غير **المدونة** حدد ذلك بالشهر ونحوه.

وقال بعض أصحابنا: لو لم يكن عنده إلاَّ مقدار نفقة الشهر لم يؤخذ له ذلك. وهذا لأجل أنه لو لم يبق له إلا طعام يومه وغده لأمكن أن لا يجد شيئاً يتعلق به في تحصيل قوته كل يوم، فوجب له أن يترك ما يقتات به المدة التي يمكن أن يفكر فيها، ويسعى في أثنائها، حتى يحصل له طريق يتقدم به إلى قوت نفسه وعياله: زوجته وأولاده الصغار. فتارة أدى الاجتهاد إلى تقدير هذه المدة بالشهر، وتارة أدّى آخرين ذلك إلى نفي التحديد.

التحقيق في هذا أن تقدير هذا المقدار بما تقتضيه قرائن حال المفلس، وما عرف من وجوه تكسبه للرزق وقدرته عليه، وسلكوه[1] أنواعاً فيها أو نوعاً واحداً، فيترك له مقدار ما يؤدي الاجتهاد إليه في تحصيله وجهاً تتأتى منه المعيشة.

فإذا كان صانعاً إنما ينفق على نفسه وزوجته وولده من خدمته بيديه وعمل

(1) هكذا في النسختين، والصواب: سلوكِه.

وعلى هذا أخذ (ديونهم منه)[1] وهم لم يعاملوه على أن تباع عليه ثياب ظهره التي لا بدَّ له منها، ومن الدثار بها. فينظر إلى ثياب جمعته أيضاً: هل عاملوه على إبقائها له عند التفليس أو على بيعها عليه.

وكذلك اختلاف ابن القاسم وأشهب في خاتمه: هل يباع عليه أم لا؟ مبني على الالتفات إلى هذا الأصل، وهو هل عامله الغرماء على بيع خاتمه إذا فلس أم لا؟ وهذا يختلف فيه عوائد البلاد. ولا ينبغي أن يختلف فيه عندنا، في أنه يباع عليه خاتمه لكون أكثر الأغنياء لا يتختمون، فكيف المفلس الفقير.

وأما لو فلس الميت لكفن قبل قضاء دينه، كما يكسى من حجر عليه الغرماء في حياته. واختلف/ العلماء: هل يقتصر في تكفينه على لفافة واحدة أو يكفن في ثلاثة؟ فالواحدة تجزيه، والثلاثة هي المشروع المستحق في أقلّ ما قيل.

وعندي أن هذا يتخرج فيه ما حكيناه في ثوبي جمعته لأنهما (إنما إذا بقيت)[2] لما كانت من اللباس المشروع المسنون في الشريعة. وكذلك الخلاف في الأعداد التي ذكرناها.

وأمّا تكفين ولد المفلس فهو جا ر على ما ذكرناه أيضاً من لباس ولده الحي إذا فلس.

وأما الزوجة فكذلك أيضاً يجري الأمر في تكفينها، إذا قلنا: إنه لازم للزوج، على أحد القولين، على ما قدمناه من الكلام في كسوتها وهو حي.

واختلف في بيع ما عنده من كتب الفقه، فقيل في الموازية: لا يباع ذلك عليه في الدين، ولا يورث عنه ذلك، ووارثه وغيره ممن هو أهل لقراءتها فيها سواء. وهذا مبني على المنع من بيع كتب الفقه، وأما على القول بجواز بيعها فإنه لا

(1) ما بين القوسين هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ديونَه منهم.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: إنما أبقيت.

يختلف في بيعها عليه وقد قال **محمد بن عبد الحكم**: بيعت كتب **ابن وهب** بثلاثمائة دينار بحضرة أصحاب **مالك**، وكان أبي وصيّه، ولم ينكر ذلك منهم أحد.

وكان شيخنا يتردّد في بيع آلة الصانع إذا فلس، كمطرقة الحداد، وإزربة[1] الكمّاد[2]، ومقص الخياط.

وهذا يؤخذ حكمه مما قدمناه، فإن كان ذلك يسيراً، ولا يصح أن يقام أَوَدُه إلاَّ منه، لم يبع ذلك عليه، وحلَّ ذلك محل نفقة الأيام والشهر، كما قدمناه، ولا يباع عليه مُدَبَّره إذا كان التدبير سابقاً للدين، ويباع عليه من خدمته ما يجوز بيعه، وكذلك المعتق إلى أجل.

ولكن يختلف أمر الإجارَة فيهما. المدبر يضيق في المدة التي يؤاجر فيها للغرماء بأشد مما يضيّق في إجارة المعتق إلى أجل، لكون العوز في أَمَدِ إجارة المدبر من وجهين: موتِ المدبّر، فتفسخ الإجارة بعتقه من ثلثه، على ما يذكر تفصيله وتقديره في موضعه إن شاء الله تعالى.

ولو دبر ولد أمته، وهو صغير/ لا يجوز تفرقتها منه، لم تبع الأمة عليه في الدين حتى يبلغ الولد التفرّقة.

ولو ورث أباه لبيع عليه في الدين. ولو وهب له أعتق عليه (أو في الدين)[3] لأن الواهب إذا علم أن ملك ولده لا يستقر عليه، فكأن الواهب إنما وهبه للعتق لا للملك/ إلاَّ أن يكون الواهب لم يعلم بأنه أب للموهوب له، وإنما قصد به التملك، فيباع حينئذٍ في الدين.

وأمّا لو اشتراه الابن، فقيل: يفسخ البيع، لئلا يكون سبباً في بيع أبيه

---

(1) هكذا في النسختين، والصواب: إِرْزَبَّة، تاج العروس: 2/195.

(2) هو الذي يدقّ الثوب، تاج العروس: 9/113.

(3) ما بين القوسين هكذا في النسختين، ولعل الصواب حذفه.

باختياره، على ما سنبسط في موضعه إن شاء الله تعالى.

فأمَّا لو كان المديان نصرانياً فترك الخمر والخنازير، لم يبعهم القاضي في دين عليه للمسلمين، ولكن يراقب حال الورثة النصارى، فإذا باعوا ذلك وصار في أيديهم أثمانها الجائزة، تملكها باعها في دين الغرماء.

وكذلك لو أرسى مركباً بساحلنا، وفيه الخمر والخنازير، فلا يباع شسيء من ذلك لأخذ عشرها، ولكن إذا باعوا أخذ منهم العشر على ما سنبسطه في موضعه إن شاء الله تعالى.

وإذا تقرر أن المفلس يباع عليه كل ما وجد في يده مما استقر ملكه عليه سوى ما استثنيناه مما تقدم بيانه، فإنه لا يجبر أن يتطلب زيادة فيما يملك، فلو دعا الغرماء إلى أن يتجر لهم بالمال الذي فلسوه فيه وحجروا عليه التصرف فيه، لم يلزمه ذلك. وكذلك لو وجبت له شُفعة، في أخذها حظُّ الغرماء وزيادة على ثمنها الذي تستشفع به إذا بيعت، لم يجبر على أخذ ذلك، وإن كان الشرع قد جعل له أخذها إذا شاء، لأن الشرع لم يجبر الشريك على الأخذ بالشفعة، وإنما خيره بين الأخذ أو الترك، وإجباره على أخذها خلاف ما أصله الشرع. هذا مع كون الشفعة كابتداء بيع على أحد القولين.

وقد قدمنا أنه لا يلزمه أن يتجر للغرماء في المال الذي حجروا عليه فيه، وأيضاً فإنه إذا أخذ بالشفعة وأجبر على ذلك، وبيع عليه ما أخذه بالشفعة، والعهدةُ عليه، فلا (تلزمه إلزام)[1] عهدة يدخل فيها بغير اختياره، ولم يستقر ملكه على ما يوجب العهدة عليه فيه.

وكذلك لو بذل له أخْذ مالٍ هبةً له أوْ لعينه[2] على قضاء الدين، لم يلزمه قبول ذلك، لما يلحقه من مِنَّة الواهب عليه، وكون يد الواهب عليه، وأيضاً فإن

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: (يَلزمُه اِلْتِزامٌ).

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لِعَوْنِه.

ولو كان عند المفلّس دار يحتاج لسكناها وخادم لا بدَّ له منها، فإنه يباعان عليه في التفليس. بخلاف ثياب لباسه التي لا بدَّ له منها، لكون ما عليه من اللباس لا مندوحة له عنه، وداره التي يسكنها له عنها مندوحة في أن يسكن بالكراء، أو يخدم نفسه أو يستأجر من يخدمه،

وهذا بخلاف ما نقول به في الزكاة: إنه يعطاها مَن عنده دار هي مقدار ما يحتاج للسكن، لأن التفليس وبيع ما في يده حق للمخلوقين، وحقوقهم مبنية على المشاحّة، والزكاة هي حق لله سبحانه، وحقوقه تعالى مبنية على المسامحة.

(ولو استأذن رجل مسلماً)[1]، ثم ارتد ولحق بدار الحرب فقوّاهم[2] المسلمون، فقاتل حتى قتل/ فإن أصحاب الديون يأخذون ديونهم مما وجد من ماله لكونهم استحقوا ذلك قبل أن يرتدّ، فلما ظلم وتعدى في الارتداد والحروب[3] إلى دار الحرب، لم يسقط ذلك ما وجب لهم من الحقوق، ويكون ما فضل من قضاء الديون من مال هذا المرتد من جملة الغنائم التي خمسها لله سبحانه، وأربعة أخماسها للغانمين ولا يكون لبيت مال المسلمين، كما لو قتل على ردته في بلاد المسلمين، فإن ماله يكون لبيت مالهم وهذا لأنه لمَّا قاتل فقتل على ردته استحق ماله سائر المسلمين، والذين استحقوه غير مُعيَّنين.

وإذا وقع في الغنائم مال مسلم لا يعرف بعينه خُمِّس، ودخل في الغنائم التي هي للغانمين، بخلاف أن يكون صاحبه معروفاً فإنه لا يقسم في الغنائم. وهذا يبسط في كتاب الجهاد إن شاء الله تعالى.

والجواب عن السؤال الرابع أن يقال:

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ولو اسْتَدَان رجلٌ مسلمٌ.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فقاتلهم.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: والهروب.

قد تقرر ما يبقى للمفلس وما يباع عليه، وترتيب ما يباع عليه في القول المطلق أنه يبدأ بيع الحيوان لكونه يسرع إليه الموت والتغيير، وأيضاً فإنه يحتاج إلى إنفاق، وكذلك بعد البداية ببيع ما يخشى فساده في الحال أن يقال، كالفواكه التي لا تبقى ثم تباع عليه العروض وما يخشى عليه التلف والضياع. ثم الرباع، فينادى على الرباع الشهر والشهران، ثم يعقد البيع على خيار ثلاثة أيام طلباً للزيادة على ما استقر على المشتري من الثمن. وربما ظهر في بعض الأحوال ما يقتضي خلاف هذا الترتيب (بزيادة سوق في الحيوان إخراجاً قريباً أو ما في معنى ذلك)[1].

فإذا بيع على المفلس ما وجب بيعه قسم على غرمائه الذين ثبتت ديونهم عليه بمعاوضة مالية، على اختلاف أجناس الأموال، من بائع منه عقاراً أو بائع طعاماً أو بائع سلعة، صار في ذمته على حد سواء.

وأما كل حق صار عليه من غير معاوضة مالية أخذت عَمَّا لزمه من الديون، لكن له غرض ومنفعة في تحصيل ما صار ثمنه ديناً عليه، وإن لم يكن مما يباع ويشترى، كصداق امرأة أو خلع زوجة بمال دفعته لزوجها عن طلاقها، فإن ذلك يجب الحصاص به.

وقد قال **مالك** في التي صالحت زوجها على عشرة دنانير إلى أجل ثم فلست: /إن الزوج يحاص غرماءها وهذا لأجل أنها اشترت منه ما ملك من منافع بضعها، وتخلصت بما نزلت[2] له من حبالها. وهذه منفعة مقصودة وغرض صحيح، فلهذا أوجب الحصاص به.

وكذلك الصداق تحاص به الزوجة غرماء زوجها لأجل أنه اشترى منها منافع بضعها أيضاً، وبه حاجة إلى ذلك، وقد دخل معه الغرماء عليه. فلم يكن

---

(1) ما بين القوسين، هكذا في النسختين.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بَذَلتْ.

لهم الامتناع من المحاصة بالصداق (في المحاصة في الصداق)[1] في فلس الزوج بلا خلاف فيه منصوصاً عندنا.

وأمَّا المحاصة في موت الزوج، فالمعروف من المذهب إثبات المحاصة به كاللباس والإنفاق على المحاصة به في المفلس، يشعر بأنه لا يجري مجرى الهبات، بل يجري مجرى المعاوضات. ولا فرق بين الفلس والموت في وجوب المحاصة. وذكر **ابن الجلاب** في تفريعه قولة: شاذة أنه لا يحاص في الموت. وإنما يحاص في الفلس، وكأنه رأى أن الحصاص به في الفلس لا يلحق الغرماء الذين بايعوه بالسلع من الضرر بمحاصة الزوج يلحقهم إذا حاصهم في الموت، لأن المفلس تبقى ذمته ويرجى سعيه فيما بعد، حتى يكتسب ما يوفي به هؤلاء الغرماء بقية حقهم، وفي الموت لا يرجى ذلك منه (بل يسوى من كمال ديونهم التي عليه)[2]. فلهذا فرق بين الموت والفلس تغليباً لأحد الضررين، فغلب ضرر الغرماء في الموت، وغلب ضرر الزوجة في الفلس.

وقد قيل في قوله تعالى: ﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ﴾[3] معناه عطية. وقيل: بل معناه شرعة وديانة.

وأمَّا نفقة الزوجة فيما يستقبل بعد التفليس، فلا مطالبة لها بذلك. فينظر: هل تحاص به أم لا؟ لأنا قدمنا أنه يبقى له من ماله ما ينفق على زوجته ونفسه وأولاده الصغار المدة القريبة التي ذكرناها فيما تقدم.

وأمَّا إذا غاب زوجها، ولم ترفع الأمر إلى القاضي شاكية له عدم الإنفاق، لأنها لا تصدق في كونه لم يترك لها نفقة، وإذا لم تصدق في ذلك لم تستحق المطالبة، استحال الحصاص.

---

(1) هكذا في النسختين.
(2) هكذا في النسختين.
(3) سورة النساء، الآية: 4.

وأمَّا بعد رفعها إلى القاضي فالقول قولها، ويحكم لها بالإنفاق وإذا حكم لها صار ذلك كغيره من الديون الثابتة عليه، وجرى مجرى الصداق الذي بذل في مقابلة استباحة الفرج، فإذا حصل الوطء وجب/ الصداق والنفقة في مقابلة التمكن من الاستمتاع/ وهي بعد رفعها إلى القاضي ممكنة من الاستمتاع، فصارت النفقة المقبوض عوضها كاللاحقة بالديون.

هذا الظاهر من المذهب وجوب المحاصة في الفلس. وأمَّا محاصتها بهذا الإنفاق بعد الموت، فحكى **ابن القاسم** أنه اختلف فيه **قول مالك**، فقال مرة: تحاص به، وهو اختيار **ابن القاسم**. وقال مرة أخرى لا تحاص به في الموت. ووجه ما أشرنا إليه من كون الضرر يلحق في الموت أشدّ ممَّا يلحق مع حياة المفلس. وقد قيل: لا تحاص بالنفقة في موت ولا فلس.

وكأن هذا رأى أن النفقة لمَّا كانت تسقط مع الإعسار ضعفت عن الديون التي ثبتتْ في الذمم مع العسر واليسر. وقد قال **سحنون**: إنما يحاص بالنفقة إذا كانت الديون محدثة بعد وجوب النفقة لها، فكان حقها عنده قوياً من وجه السبق والتقدم، فإذا تقدمت الديون حازت الترجيح من الوجهين: التقدم والسبق، ومن كونها تثبت مع العسر واليسر.

وأمَّا المحاصة بنفقة البنين الصغار، **فابن القاسم** نفاها في الموت والفلس. **وأشهب** أثبتها كما أثبت نفقة الزوجة.

فكأن **ابن القاسم** رأى أن نفقة الزوجة عن معاوضة، فلحقت بالديون التي هي أثمان سلع، ونفقة البنين مواساة لا عن عوض فلم تزاحم الديون فتقع المحاصة بها.

وكأن **أشهب** قد رأى أن الولد من يوم سقوطه في البطن وجبت نفقته على أبيه من غير افتقار إلى قضية قاضٍ، فأشبهت نفقة الزوجة الواجبة التمكين.

وأمَّا نفقة الأبوين، فقد قال **مالك**: لا يقع الحصاص بها في فلس ولا موت.

لكن أصبغ قال: لو قضى القاضي بها لوجبت المحاصة لهم لكونها لما حكم بها ثبتت ثبوت ديون المعاملة.

وأمَّا الحقوق الثابتة لا عن معاوضة مالية، ولا عن معاوضة في حكم المالية كالنكاح والخلع، ولا عن مواساة، بل من جهة الإفتيات على من له الحق بغير اختياره كالجنايات فإن بعض أشياخي رأى أنها جارية على القولين في النفقات، وما ذكرنا معها ممّا ليس ثبْت الديون فيه عن معاوضة. وقد قال في المدونة في الجاني جناية دون الثلث لا تحملها العاقلة/ : إنه إذا رهن بها رهن أُمضي ذلك للمجنيّ عليه، كما لو قضاه أرش الجناية، فأوجب المحاصة وألحقها بالديون.

وقال في كتاب الصلح في جناية العمد: إذا أراد الجاني أن يصالح عليها وعليه ديون، فإن لغرمائه أن يمنعوه من ذلك. وأشار بعض الأشياخ إلى أن ذلك لو وقع لمضى ونفذ، ولم يكن للغرماء ردّه كما لو قضى من[1] الصداق وشبه ذلك، لأن له منفعة فيما بذل، وهو وقاية نفسه من القصاص، كما للزوج منفعة فيما بذل لحاجته إلى النكاح، والذي يدفع عن جناية العمد ليست بهبة محضة، ولو كان هبة لسقط عن الجاني ما التزم من الأرش إذا مات، كما تسقط الهبة إذا لم تُحَنْ.

وهذا الذي أشار إليه قد يسلم له اشتراك الجناية مع النكاح في كون ذلك معاوضة عن منفعة، ولكن إذا قلنا: / إن الغرماء عاملوه على أن يتزوج ويتسرى لاطراد العادة بذلك عموماً فإن جناية العمد لم يعاملوه على أن يفعل ما لا يحل تعمداً ويتلف ما لَهم فيه.

وظاهر مذهب الشافعية الحصاص بأرش الجناية، لكون الأرش وجب بغير اختيار المجني ورأوا إقراره بالجناية آكد باللزوم من إقراره بدين المعاملة

(1) هكذا.

الاختيارية، لكون الجناية بغير اختيار المجني عليه، كما لو جنى العبد المرتهَن. فإن أرش الجناية أحق برقبته من الذي هو في يده رهناً وإنما كان هذا كذلك لأن المرتهِن تعلق حقه بذمة سيد العبد لا بعين العبد، وتعلق أيضاً بعين العبد بكونه فعل ما في ثمنه على الغرماء، وأصحاب الجناية لم يتعلق لهم حق بذمة سيّد العبد، وإنما تعلق حقهم بعين رقبته، فقدموا على المرتهِن الذي إن أسقط حقه في عين العبد بقي حقه في ذمة سيّده.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال:

قد علم أن إقرار المريض لمن يتهم بتْوليج ماله، وصرفه عن ورثته إليه مردود، ولا يقبل منه، على ما سنذكرهُ جملة وتفصيلاً في كتاب المديان إن شاء الله تعالى. لكن يتعلق ببعض مسائله المحاصّة التي يتبدل حكمها. فمِن ذلك إقرار المريض بدين لأحد ورثته ولرجل أجنبي لا يتهم في الإقرار له. مثل أن يقول في مرضه، ولا يرثه إلا ولدان. أحد ولديَّ عندي[1] مائة/ دينار ولفلانَ رجل آخر أجنبي، عندي مائة دينار ولم يترك سوى مائة دينار، فإن الولد المقرَّ له يحاصّ الأجنبي، لكون الأجنبي لم يثبت دينه إلا بإقرار هذا المريض، ولو لم يقرّبه له لم يثبت له شيء. وكذلك إنما ثبت الدين لأحد ولديه بإقرار أبيه المريض. فقد ساوى هذا الولد الأجنبيَّ في طريق ثبوت دينهما، ولا يتهم المريض في إقراره لولده في حق الأجنبي، لأنه لو شاء لم يقرّ للأجنبي، فإذا[2] تساويهما في طريق ثبوت دينهما وجب أن يتحاصا في هذه المائة، فيقتسمانها نصفين، كأن التهمة إذا ارتفعت من جهة الولد[3] الأجنبي فإنها لا ترتفع من جهة المقَرّ له من الولدين مع أخيه، لأن أباهما يتهم أن يؤثر أحد ولديه بميراث ماله على الولد الآخر، على ما ينظر في كتاب المديان. فإذا تطرّقت التهمة من جهة إيثار

---

(1) أي: عندي له.
(2) هكذا في النسختين، ولعله: فإذا [كان].
(3) هكذا في النسختين، ولعله: الولد [مع].

الأب لأحد ولديه[1] الآخر كان من حق الولد الذي لم يقر له أبوه بشيء أن يشارك أخاه في الخمسين ديناراً التي وقعت له في محاصة الأجنبي فيقسمها معه نصفين حتى يستوفى ما ترك أبوهما، وترتفع التهمة بذلك، ويصير ما أخذه الأجنبي كأنه ليس بتركة لأبيهما. فإذا (قُضي بهذا وقف القضاء ما هذا)[2] عن **ابن القاسم**، وصارت التركة مقسومة على هذه النسبة، للأجنبي خمسون ديناراً، والخمسون الباقية بين الولدين نصفين[3]: للولد المقرّ له بالمائة دينار الدين، وللولد الآخر الذي لم يقر له بشيء.

فكأن **ابن القاسم** قدْر أنّ ما أخذه الأجنبي كجائحة طرأت على بعض التركة فيما[4] بقي/ بعد الجائحة يقسمه الورثة على فرائض الله سبحانه، ويكون ما أخذه الأجنبي لا يختص بأحد الولدين، وكذلك ما أخذه أحد الولدين الذي لم يقرّ له، يكون ذلك جائحة مختصة بأخيه الذي أخذ منه نصف ما في يديه بحكم التوارث، ولا علاقة بين الأجنبي وبينهما في هذا التوارث فلا يكون عليه من هذه الجائحة التي طرأت على الولد الذي قاسمه نصيب.

وخالف **أشهب** في هذا، ورأى أن الولد الذي لم يقرّ له بشيء إذا أخذ من أخيه نصف الخمسين ديناراً عاد الآخر المأخوذ من دينه يقول للأجنبي: أنا وأنت سيان فيما ترك أبي، لأني وإياك قد تساوينا في مقدار الدين الذي لنا عليه، وتساوينا في طريق ثبوته، وهو إقرار الأب، والغريمان/ إذا استحقا تركة ميت استحقاقاً متساوياً فلا يفضل أحدهما على الآخر بشيء، ويكون ما ذهب من التركة بينهما جائحة، وما يبقى فلهما. وكأن مشاركةَ الولد، الذي لم يقر له لأخيه، حكمٌ (مستدلاً من)[5] سابق المقاسمة لهذه التركة، فيكون مصاب ذلك

---

(1) هكذا في النسختين، ولعله: ولديه [على].
(2) هكذا في النسختين.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: نصفان.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فما.
(5) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: مستند لأمْر.

على الغريمين جيمعاً فإذا أخذ من يد المقرّ له نصف ما في يديه عاد على الأجنبي فأخذ منه نصف الخمسة وعشرين التي أخذها منه أخوه، فإذا صارت أيضاً في يد هذا الآخر المقرّ له قال له أخوه الذي لم يقرّ له: أنت لا تختص من مال أبي بشيء دوني، لما قدمناه، فإذا كان الحكم المساواة بيني وبينك، فهذه الإثنا عشر ديناراً ونصف التي رجعت بها على الأجنبي كمال طرأ لأبي لا يستحقه أحد إلا بالميراث ولا وراث إلا أنا وأنت فتقاسمني فيها فإذا أخذ منه نصف الإثني عشر ونصفٍ عاد أيضاً هذا الوارث المقرّ له يقول للأجنبي: من حقي أن تساويني أيضاً في قسمة التركة بحكم الدين، كما هو من حق أخي أن يساويني في الميراث، وقد أخذ مني ستة دنانير وربعاً، فذلك كجائحة لا أختص أنها بها، فعليك نصفها: ثلاثة وثمن. فإذا أخذ منه ثلاثة وثمناً رجع هذا الأخ، الذي لم يقرّ له، على أخيه بنصفها وذلك دينار ونصف وستة حبات. فإذا أخذ ذلك رجع الأخ المقرّ له على الأجنبي بنصفها وذلك ثلاثة أرباعه وثلاث حبات. هكذا حتى لا يبقى في يد الأجنبي زيادة على ما يحصل الأخ المقرّ له.

هكذا قال **أشهب**.

وقال بعض الأشياخ: لا بدَّ أن يبقى كسر لطيف.

وهذا الذي قاله صحيح، ولكنه إذا عمل على حساب ذلك على ما أريناك وجب اعتدال الكل في هذه المائة دينار، فيقسمها هؤلاء الرجال الثلاثة أثلاثاً: فيأخذ الأجنبي ثلث المائة، ويأخذ الولدان ثلثيها: أحدهما بحكم الدين والآخر بحكم الميراث الذي أوجب له الرجوع على أخيه وأوجب لأخيه الرجوع على الأجنبي. فإذا ثبت وجوب المساواة بين[1] ووجوب المساواة بين أحد الولدين مع الأجنبي، وصح قسمة التركة بينهم أثلاثاً لأنه إذا كانت ثلاثة أعداد ساوى الأول منهما الثاني، وساوى الثاني الثالث فكلها متساوية والذي قاله بعض الأشياخ/ لا بدَّ/ أن يبقى شيء هذا الذي أشار

(1) هكذا في النسختين، وفي الكلام نقص لعل تمامه: الولدين.

إليه بأنه يبقى في يد الأجنبي هو جزء لا يتجزأ ولا يتميز بميزان ولا تقدير، ولا يصح القضاء به لعدم تمييزه، ولا فائدة في ذكره.

ولو كان المريض، الذي أقرّ ما ذكرناه، ترك ثلاثة أولاد لقسمت تركته أرباعاً، لكون الولدين[1] لم يقرّ لهما الأب يجب لهما أن يقاسما أخاهما الذي أخذ نصف التركة بحكم الدين، فيرثانه ميراثاً متساوياً، فيكون ذلك بين الأولاد الثلاثة أثلاثاً، ثم يرجع الولد على الأجنبي بنصف ما أخذ منه على النسبة التي ذكرناها فلا يزال التراجع دائراً بين الولدين وأخيهما والآخر المأخوذ منه ما أخذ مع الأجنبي حتى يقع الاعتدال بين الجميع.

لكن **أشهب** لم يطرد هذا الأصل في الرجوع من جهة ثانية، وذلك أنه قد ثبت أَلاَّ ميراث إلاَّ بعد قضاء الدين. وكان مقتضى هذا إذا قيل: إن الأخ الذي لم يقرّ له يرجع على أخيه في المسألة الأولى بنصف ما أخذ؛ أن يُمَكّن الأجنبي أيضاً من الرجوع على هذا الأخ الذي لم يقرّ له فيأخذ من أخيه حتى يكمل دينه، إذ لا ميراث إلا بعد قضاء الدين. و**أشهب** لم يمكن الأجنبي من هذا، ولا أوجب له رجوعاً على الأخ الذي لم يقرّ له بمال أخيه، لأنه لو أوجب له ذلك لعاد الأخ المقرّ له يقاسم الأجنبي في هذا الذي بيده، فإذا قاسمه عاد الأخ الذي لم يقرّ له إلى مشاركة أخيه فيذهب إلى إحالة وعدم الوقف عند غاية.

وهذا الذي قاله يدعو **ابن القاسم** إلى ما ذهب من المنع من هذا التراجع الدائر مراراً. ولو فرضت هذه المسألة على حالها، وأضفنا إليها ثبوت مائة دينار على الميت فإنك قد علمت من هذه المسألة وجوب المساواة بين الأجنبي الذي لا بينة له وبين الوارث في المحاصة بالدين، وعلمت وجوب المساواة فيما بين الوارثين.

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة: اللذين.

فلتعلم أن الدين إذا كان ببيّنة مع[1] تركة الميت أن[2] تورث إلا بعد قضاء الدين، فصار ها هنا في هذه المسألة زيادة هذا الوجه، وهو كون الوارث المقرّ له حكمه أن يساوي الأجنبي في قسمة الدين لكونهما ثبت دينهما بطريقة واحدة وهي الإقرار. وحكم الأجنبي أن يساوي من له البينة وإن لم يكن له هو بينة فقد صارت الثلاثة أشخاص حكم أحدهما أن يساوي الآخر وهما الأجنبيان، وحكم أحد الأجنبيين/ أن يساوي الوارث ولكن حكم الوراث ألا يساوي من له الدين بالبينة وإن كان يساوي من ساواه وهو الأجنبي الذي لا بينة[3].

فها هنا ذكر **ابن المواز** أن الواجب في هذه المسألة إخراج الولد واطّراحه، وقسمة المائة دينار التي تركها الميت ما بين الأجنبيين خاصة. لكن من له البينة يمنع الوارث من أن يرث ويمنعه أيضاً إقرار أبيه له، فصار من هذه الجهة كالعدم، فتقسم التركة بين الأجنبيين، لأجل هذا قال **ابن المواز**. وقال غيره (فيهما فمن له رأي)[4] إن الأجنبيين إذا/ اقتسما المائة نصفين، رجع الأخ الذي لم يقرّ له وبقية الورثة سواه على الولد المقرّ له فقاسموه، رجع[5] بما أخذ منه على من له الدين بالبينة حتى يساويه في خسارة ما أخذ منه، فإذا رجع إليه وساواه رجع بقية الورثة على هذا الذي أخذ من الذي له البينة فأخذوا أيضاً حقه[6] من الميراث. هكذا أبداً حتى لا يبقى في يد الوارث شيء. وأنكر إذا وقعت المحاصة، فإن المحاصة إنما تكون بأن يضرب الولد المقر له بجميع الدين الذي يقر له به ويضرب أخوه بمقدار ما بقي له، ويكون الوارث لا يبقى في يده شيء لأجل حق من له البينة في كونه يمنعه من الميراث. ومن يعود

(1) هكذا في النسختين.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أن [لا].
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة: له.
(4) ما بين القوسين هكذا في النسختين.
(5) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ويرجع.
(6) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حقهم.

الإقرار له فهو يحاص بجميع ما أُقِرَّ له به ومن سواه يحاص بمقدار ما أبقي له. والقولان جميعاً يتفقان في كون هذا الوراث لا يأخذ شيئاً. لكن يختلف القولان في الأجنبيين: فعلى ما ذكر **ابن المواز** يتساويان في قسمة هذه المائة، وعلى ما ذكره غيره لا يتساويان، ويكون الذي يأخذه من له البينة أكثر مما يأخذ الذي لا بينة له.

وقد وقع تنازع في المخرج على مذهب **ابن القاسم** الذي قدمناه في المسألة الأولى:

فأشار الشيخ **أبو إسحق** إلى أن الذي يتخرج على مذهب **ابن القاسم** ما ذكره **ابن المواز** من إسقاط الوارث المقرّ له، وقسمة التركة نصفين بين الأجنبيين إذا قسما التركة نصفين، فأخذ كل واحد منهما خمسين ديناراً، عاد الولد الذي[1] له فأخذ/ من الأجنبي نصف الخمسين وهو خمسة وعشرون. فإذا أخذها عاد الأجنبي الذي له البينة فانتزعها من يده لكونه من حقه أن يمنعه الميراث، ويمنعه من نفوذ إقرار أبيه له. فإذا صارت هذه الخمسة وعشرون ديناراً في يد الذي له الدين بالبينة شاركه فيها الأجنبي الذي لا بينة[2] واقتسماها نصفين، وعاد المال كله بينهما نصفين، ولم يتكرر التراجع وإنما يقع مرة واحدة، على حسب ما فعل في المسألة الأولى، أن الأخ الذي لم يقرّ له إذا أخذ من يد أخيه شيئاً لم يرجع على الأجنبي ذلك[3] حتى يقل تكرار التراجع ودورانه.

واستبعد ها هنا أن يذهب **أشهب** في المسألة إلى تكرير التراجع ودورانه لأن من حق من له البينة أن يأخذ كل ما يحصل من يد الولد ثم يشاركه فيه الأجنبي الذي لا بينة له ثم يشارك الأجنبي الوارث فلا يقف ذلك إلى غاية.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة: أُقِرّ.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة: له.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بِذلك.

ورأى بعض أشياخي أن مقتضى قول **ابن القاسم** في هذا أن تقسم التركة بين الأجنبي الذي لا بينة له والأجنبي الذي له بينة، فما أخذه الأجنبي الذي لا بينة له قاسمه فيه الوارث، ثم يقاسم الوارث بقية الورثة، ويقف الأمر ها هنا ولا يكون تراجع، ولا يرجع الأجنبي على من له البينة مما أخذ منه.

وأشار شيخي هذا أيضاً إلى أن الصواب، على مقتضى القياس في المسألة الأولى التي قدمناها وهي/ إقرار الأب للأجنبي بدين، ولأحد الولدين، أنْ يرد إقرار الوارث[1] على الجملة ويستبد الأجنبي بالتركة، لأن هذا الإقرار إذا تطرقت إليه التهمة من جهة أن الأب أوقعه لإيثار أحد الولدين على الآخر بالميراث، فمقتضى هذا إذا بطل في حق الولد (منع الوارث)[2] أن يبطل في حق الأجنبي مع الوارث المقر له لأن هذه التهمة حقيقتها أن يظن بالأب أنه كذب في الإقرار وقصد إلى إيثار أحد ولديه على الآخر. وإذا كان الإقرار كذباً لم يتصور إنفاذه في حق الأجنبي أيضاً وكأن أهل المذهب رأوا أن هذه التهمة تتصور من جهة دون جهة فلا يرد الإقرار من الجهة التي تصورت فيها التهمة دون الجهة الأخرى.

وقد اختلف المذهب في إقرار المريض لزوجته، ورثته بنت وعصبة، هل يرد هذا الإقرار لكونه يتّهم من جهة العصبة؟ أو يمضي؟ لكونه لا يتهم من جهة ابنته، على ما سنذكره إن شاء الله تعالى.

ويمكن عندي أن يخرج في هذه المسألة قول آخر، وهو كون الأجنبي الذي له الدين ببينة يحاص الأجنبي بالدّين المقر به للوارث ويستبد صاحب البينة به لأنه هو الذي انفرد برد الإقرار والمنع من نفوذه. وأما الأجنبي الذي لا بينة له فلا قدرة له في هذا الإقرار في حق هذا الوارث، وذلك أنه قد اختلف في مسألة

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: المورّث.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حذف ما بين القوسين.

المشتركة إذا كان فيها جَدّ، ووجب أن يشارك الإخوةُ الأشقاءُ فيها الإخوة للأم في الثلث المفروض لهم، فقد قيل: إن الجد يأخذ ما ينوب الإخوة للأم في هذه المشاركة، لكونه هو الذي انفرد عنهم، لمنعهم من الميراث وحجبهم، والإخوة الأشقاء لا قدرة لهم على حجبهم، فلا يشاركون الجد في هذا الذي يختص بالإخوة للأم على أحد قولين. فهذا مما ينظر فيه.

ومما يجري على هذا الأسلوب ما ذكره **ابن المواز** في رجل مات ووارثه زوجة وأخوهُ، وتركته مائة وخمسون ديناراً، ولزوجته عليه بإقراره مائة دينار، فأقرت الزوجة لرجل بأن له على زوجها المتوفَّى مائة دينار، فإن إقرارها تؤخذ به في نفسها، ولا يؤخذ به أخ الميت الوارث معها. فمقتضى قولها أَنَّ الأخ لا يرث معها شيئاً لكون التركة مائة وخمسون والدين مائتا دينار. فالحكم، على مقتضى قولها، أن تقسم المائة وخمسون ديناراً نصفين بينها وبين من أقرت بأن له الدين على زوجها، فيحصل في يدها من التركة خمسة وسبعون ديناراً، وهي قد أخذت من التركة مائة دينار قضاء عن دينها، وبقي خمسون ديناراً، ترث ربعها اثني عشر ديناراً ونصفاً ويرث الأخ الباقي من الخمسين وذلك سبعة وثلاثون ديناراً ونصف.

هذا مقتضى الحكم في حق الأخ، فتلزم المرأة أن تنتزع عما فضل في يدها مما تقول: إنه زائد على ما استحقته، وذلك ما زاد على الخمسة وسبعين ديناراً، وهذا الزائد خمسة وعشرون دينار إتمام المائة التي أخذتها/ في/ الدين، واثنى عشر ونصفا هو ميراثها الذي تقول فيه: إني لأستحق تراثه، فيحصل لهذا الذي أقرت له الزوجة سبعة وثلاثون ديناراً ونصف، ويبقى من حقه، على مقتضى قولها، سبعة وثلاثون ديناراً ونصف، وهي التي في يد الأخ فتقول للمقرّ له: بقية حقك في يد هذا الوارث ظلمك فيه، وأنا أخذت إلا ما ينوبني في الحصاص وهو خمسة وسبعون، ولك أنت مثلها، فسبعة وثلاثون ونصف أخذتها من يدي، ولك عند الأخ مثلها فذلك خمسة وسبعون مثل الذي أخذت أنا.

ولو طرأ غريم آخر سواهما، له مائة دينار ببينة، لانتزع ما في يدي الرجل الذي أقرت له المرأة وكان أحق به مما أخذ بإقرار أحد الورثة له. فإذا أخذ ذلك من يده قالت له الزوجة: بقية حقك وهو سبعة وثلاثون ونصف في يد الأخ الوارث فاطلبْه بهذا، فإذا أخذتَها منه تساوينا في قسمة التركة، ففي يدي خمسة وسبعون وفي يدك نصفها وهو الذي أخذت من الرجل الذي أقررت له أنا، والنصف الآخر تأخر[1] من الوارث، ثم يعود الرجل الذي أقرت له المرأة إلى المرأة فيقول لها: مقتضى قولك أنا ثلاثة غرماء لنا على التركة ثلاثمائة دينار، والتركة مائة وخمسون فيستحق كل غريم نصف دينه وأنت أحد الغرماء في يدك خمسة وسبعون ديناراً وليس لك بالحصاص، على قولك، سوى خمسين ديناراً. فيقضى عليها بأن تعطيه الخمسة وعشرين ديناراً الزائدة على ما ينوبها في الحصاص. هذا إذا كان دين المرأة ببينة. وأما إن كان بغير بينة فإن الطارىء الذي له البينة يأخذ دينه كله ويقضى له من التركة بمائة دينار ويبقى في يد الزوجة خمسون ديناراً بقية التركة، ولا يلزمها أن تدفع لمن أقرت له بالدين شيئاً لأن مقتضى قولها إن التركة عليها ثلاثة غرماء لكل غريم خمسون وهي ليس في يدها أكثر من حقها في الحصاص وهو خمسون ديناراً، فتقول لما[2] أقرت له: صاحب المائة ظلمك وأخذ حقك.

وممّا يلحق بهذا السؤال ما ذكره ابن المواز في شريكين متفاوضين فلسا وفي أيديهما ألف دينار ومائتا دينار، وعليهما دين من تجارهما وهو ألف دينار، لكن أحدهما عليه لزوجته صَدَاق مائة[3] دينار، فإن ما في أيديهما يقسم نصفين فيكون في يد كل واحد منهما ستمائة دينار لكن على أحدهما خمسمائة/ دينار وعلى الآخر سبع مائة دينار: منها مائتا دينار في صداق زوجته، فإذا تحاص

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: تأخذه.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لمَن.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب حَسب تمام الصورة: مائتا.

غرماؤه الست مائة دينار التي في يديه ناب الزوجة من ذلك مائة دينار وخمسة أسباع مائة دينار فيقضى لها بها ويقضى لغرمائه الآخرين بأربعمائة وسبعمائة[1] دينار لأن العاجز[2]، مما عليه من السبع مائة، مائة، فينوب كلَّ مائة ما[3] في يديه من الانتقاص سبعُها، ثم يقال للشريك الذي لا صداق عليه: سلمْ من الستمائة/ التي في يده[4] خمسمائة دينار، وهي المختصة بك من الدين ويبقى من الدين في يديه[5] مائة دينار، يقول له الغرماء الذين عاملوه وعاملوا شريكه أنت حميل على شريكك، وقد بقى[6] من ديننا عليه خمسة أسباع مائة دينار فبقبضها من المائة التي في يدك حتى تكمل جميع ديننا منك ومنه.

فإذا أيسر شريكه قضى ما أدّى عنه وهو خمسة أسباع مائة دينار، ودفع إلى زوجته ما بقي لها عليه وهي سبعا المائة دينار.

ومما يلحق بما نحن فيه ما ذكر في **المدونة**: من عبد له على سيده دين، ففلس السيد، فإن عبده لا يحاص غرمَاءه بالدين الذي له على سيده، لأنه وما في يديه لسيده، فلو حاصهم فقصُر ما في يد سيده عن حقوقهم لبيع لهم في دينهم، ويأخذون منه ما أخذ من سيده، لكن لو كان على العبد غرماء يستحقون قِبَله ديوناً، لكان من حقهم أن يطالبوه بالحصاص لغرماء سيده، لكونهم يستحقون ما في يده، وقد دفع بعضه إلى سيده، فكأنهم هم الذين دفعوه لسيده وصاروا من جملة غرماء السيد، ولو وجب بين العبد لغرماء سيده فإن الأشياخ اختلفوا في ثمن هذا العبد: هل يختص بثمنه غرماء سيده أو يدخل معهم في المحاصة غرماء العبد فذهب الشيخ **أبو محمد بن أبي زيد** إلى أنه يدخل غرماء

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: سبعي مائة.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: العجزْ.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ممَّا.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: [يدك].
(5) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يدك.
(6) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بقي.

سيده من ديون الغرماء، مثل أن يكون على سيده دين للعبد، وهو عشرون ديناراً، أو[1] لرجل أجنبي على السيد عشرون ديناراً، وعلى العبد لرجل دين عشرون ديناراً، فقد علم من هذا أنه يقع عليه في المحاصة نصف الثمن الذي يشترى به، فإذا قال رجل: عليَّ فيه عشرون ديناراً، وقد علم المشتري ما للعبد/ وما عليه، قدر ما ينوبه بالمحاصة لغرماء سيده، فقد علم أنه إذا بيع منه بعشرين ديناراً يحط عنه من دينه نصفه وهو عشرة دنانير، وبيع العبد على أنه مديان بعشرة دنانير. وإن قال رجل آخر: أنا أشتريه بثلاثين ديناراً علم أيضاً أن العبد يجب له في الحصاص مثل ثمن نصف ثمنه وهو خمسة عشر ديناراً، تحط من دينه، ويبقى عليه من الدين خمسة دنانير، فيباع العبد على أنه مديان بخمسة دنانينر إذا بيع بثلاثين، وإن بيع بعشرين بيع على أنه مديان بعشرة دنانير.

فهذا معنى التنقيص كلما زاد ثمنه نقص من مقدار الدين الذي عليه فينقص العيب.

ولو قال رجل آخر: أنا أشتريه بأربعين ديناراً. علم أنه ينوبه في الحصاص مثل نصف ثمنه وهو عشرون ديناراً وهي مبلغ ما عليه من الدين، فيباع على أن لا دين عليه.

ولو قال رجل: أنا أشتريه بخمسين ديناراً، لم يستحق العبد من الخمسة وعشرين التي هي نصف ثمنه سوى عشرين ديناراً يأخذها غريمه، والخمسة دنانير الزائدة على ما عليه من الدين ـ وهو عشرون ديناراً ـ تعود مالاً للسيد، لا حق للعبد ولا لغرمائه فيها فيقضى بها للسيد.

فيتحصل من هذا أن العبد إذا ضرب بدينه مع غرماء سيده فإنما يستحق مقدار ما ينوبه في الحصاص إذا كان مثلَ الدين الذي عليه أو أقل منه. فإن كان أكثر من ذلك سقط ما زاد على الدين الذي عليه، واختص بذلك غرماء سيده،

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: و.

لأنا قدمنا أنه إنما يضرب مع غرماء سيده إذا كان عليه دين، فإذا لم يكن عليه دين لم يضرب بدينه الذي له على سيده فإذا نابه في الحصاص في ثمنه أكثر من الدين الذي عليه صار ما زاد على الدين الذي عليه كمحاولة أن يضرب مع غرماء سيده ولا دين عليه لأحد.

وهكذا لو كان على سيده ألف دينار لعشرة رجال العبدُ أحدهم، لكل واحد منهم مائة دينار، فإنه ينادى عليه فيقال: من يشتري هذا العبد على أن عشر ثمنه يسقط من الدين الذي عليه وهو المائة دينار. وهكذا يباع على هذه التسمية/ /التي بيناها. ومما يلحق بما نحن فيه من تبدل المحاصة ما ذكره في المدونة فيمن ارتهن زرعاً لم يبد صلاحه، ففلس الراهن ولم يُقدَر على بيع الزرع لكونه لم يبد صلاحه، فكان من حق مرتهن الزرع أن يحاص الغرماء بدينه مخافة أن يهلك الزرع، ولم يكن حاصهم، فلم يجد مرجعاً على الغريم وينفرد غرماؤه بماله دون هذا، فإنه إذا حاصهم وأخذ ما نابه في الحصاص، فطاب الزرع، فوجب بيعه في دينه، فإذا بيع أخذ ثمنه الذي هو أحق به من سائر الغرماء، لكون من بيده الرهن أحق بثمن الرهن من سائر الغرماء، فإذا أخذ ثمن الزرع سقط ذلك من دينه، وتبين من ذلك أنه حاصّ الغرماء بأكثر مما يجب له التي كانت بمائة دينار حقها أن تكون بخمسين ديناراً لسقوط خمسين منها فأخذ المرتهن ثمن الزرع فينظر ما ينوبه في المحاصة لو كانت بخمسين ديناراً فيمسكه مما أخذه في المحاصة ويرد ما فضل عن ذلك إلى الغرماء، ويصير ما رده عليهم كمال طرأ للغريم فيتحاصُّ فيه جميع غرمائه.

هذا حكم المحاصة الأولى على الجملة.

وقال يحيى بن عمر: إذا وقع لكل غريم نصف حقه نظر فيما بقي من دين هذا المرتهن بعدما قبض من ثمن الزرع، فأمْسك مما وقع له في الحصاص نصفه (ومن نصفه)[1]. وهذا نحو ما ذكرناه على الجملة لأنه أخذ في المحاصة شيئاً، فلما

---

(1) هكذا في النسختين.

ثبت أنه حاص بصفقته أمسك الذي كشف العيب[1] أن المحاصة به كانت تجب، ورد ما سواه. ولو وفَّى ثمن الزرع جميع دينه لرد جميع ما أخذ في المحاصة. وعلى هذا لا سلفت[2] يجرى حكم المحاصة بصداق المرأة قبل البناء بها، فلو تزوج رجل امرأة بمائة دينار ففلس، فإنها تضرب بجميع صداقها مع غرماء زوجها، وهذا لم يذكر فيه خلاف منصوص في المذهب، وهو واضح على القول بأن الصداق وجب كله بالعقد. وأما على القول بأنه مترقب كله أو مترقب نصفه: فلعلَّ من ذهب إلى هذين المذهبين يرى أن الضرورة تدعو إلى المحاصة بجميعه لئلا يبني الزوج بزوجته فيستقر وجوبه إجماعاً، فلا تجد ما تأخذ منه صداقها.

فإذا حاصت بالمائة دينار ثم طلقها الزوج/ قبل الدخول فإنه يتبين لنا أن المحاصة التي كانت بالمائة أنها حقها أن تكون بخمسين ديناراً لسقوط نصف الصداق، فينظر لو حاصت بخمسين ديناراً أن الذي ينوبها في المحاصة فتمسكه مما أخذت، وترد ما فضل عنه للزوج يتحاص فيه جميع غرمائه بما بقي لهم، وهم على حسب ما قلناه في مسألة مرتهن الزرع إذا حاص ثم بيع وأخذ ثمنه.

ولو كان الزوج دفع إليها من صداقها نقده وهو خمسون ديناراً، وبقيت خمسون ديناراً مهراً ففلس، فإنها تحاص بما بقي لها من صداقها وهو خمسون، فتأخذ ما ينوبها من المحاصة بها. فإن طلقها الزوج بعد ذلك فقد علمنا أن الطلاق يسقط عنه نصف جميع/ الصداق نقده ومهره. فالخمسون ديناراً التي قبضتها من النقد سقط حقها في نصفها وهو خمسة وعشرون ديناراً، فيجب رد ذلك إلى غرماء الزوج، ويصير ذلك كمالٍ طرأ عليه له وتبين أن المحاصة إنما كانت تجب لها بخمسة وعشرين ديناراً فهو الذي يستحقها[3]، ويضرب فيما بقي لها من نصف صداقها وهو الخمسة والعشرين المهر الباقي في ذمة الزوج في

---

(1) هكذا في النسختين.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الأسلوب.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فهي التي تستحقها.

ديناراً النقد عوضاً عن حق جميع حق المرأة فينصف الصداق نقده ومهره كأنها كالمحاسبة والمقاصة.

ورأى **ابن القاسم** أن ذلك محتمل لما ذكر **ابن المواز**، ويحتمل أن يكون إنما أبقياها على موجب الحكم في قصها[1] على النقد والمهر فلا يسقط موجب الحكم الشرعي بأمر محتمل. وهذا يلتفت فيه عندي من[2] العوائد وما يفهم من قرائن الأحوال، وإليه يرجع الخلاف.

ولو كانت المرأة هي التي فلست وقد نقدها الزوج خمسين ديناراً أو بقي عليه المهر ثم فلست، فإن الحكم أيضاً ما قدمناه من كون الخمسين التي نقدها وجب له عليها أن ترد/ نصفها لسقوطه بالطلاق قبل البناء، ويجب لها عليه أن تطالبه بخمسة وعشرين ديناراً نصف المهر الباقي في ذمته إذا حلَّ فيضرب الزوج مع غرمائها بخمسة وعشرين ديناراً نصف المهر الذي بقي عليها إن فلس، أو يطالبوه بها إن كان مليئاً وقد وقع **لأصبغ** ما يقتضي أن الزوج لا يحاص غرماءها بالخمسة والعشرين ديناراً التي وجب عليها أن تردها إليه، فقال، فيمن دفعت له زوجته مالاً على ألا يتزوج عليها ففلس وتزوج عليها، فإنها لا تحاص غرماءَهُ بما وجب لها عليه أن يرده عليها مما أعطته على ألا يتزوج، وقدّر أن بنفس التزويج وجب عليه رد مالها إليها، فصار ذلك كدين عاملته به بعد أن فلّس وما حدث من الدين بعد التفليس/ فإنه لا يحاص مستحقة الغرماء الذين فلّس لهم، فكذلك يقدر في المسألة التي ذكرناها أن بطلاق الزوج لها وجب له أن يرجع عليها بنصف ما نقدها، وذلك بعد أن فلست، فصار ذلك أيضاً كدين عاملها به بعد أن فلست. وهذا يتصور الخلاف فيه عندي من الخلاف المذكور في مسألة **المدونة** إذا طلقها وقد أصدقها حيواناً فاغْتلته قبل الطلاق، فقيل: لا ترد من الغلة شيئاً، وكأن حق الزوج في نصف الصداق إنما وجب له حين الطلاق،

(1) هكذا في النسختين.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: إلى.

وقبل ذلك كان لا يستحق في الصداق شيئاً فلا تكون له غلة فيما مضى قبل الطلاق.

وقيل له نصف الغلة، وكأن الطلاق كشف لنا أن المرأة ما كانت تستحق إلا نصف الصداق، وكأنها اغتلت نصفه وهو مال الزوج. وهذا كما قدمناه مراراً في أحكام المرتقبات: هل تقدر كأنها لم تزل حاصلة في مبدأ الأمر، وإنما يقدر حصول ما كان مترقباً حصوله حين وجد وحصل؟.

والجواب عن السؤال السادس أن يقال:

الدين يقضى عندنا من دية المديان إذا مات مقتولاً وكان القتل خطأ، لأن الدية، وإن كان إنما استقر وجوبها بعد موته، فهي مال من ماله، وسببها كان في حياته، فكأنه اكتسبها في حياته؛ وأيضاً فإنها عوض نفسه التي كانت تسعى في الكسب لغرمائه، وكان لغرمائه حق فيها، ويقدمون على الورثة بما ذكرناه من كونها مستحقة في حياته لكونها عوض ذمته التي أفاتها القاتل على غرمائه.

وكذلك لو كان القتل عمداً ورضي ورثته بأخذ الدية، أو تراضى بها ورثته والقاتل، فإن غرماءه أحق به من ورثته للعلة التي قدمناها.

ولو عفا عن دمه بعد أن جرح الجرح الذي مات منه، والقتل خطأ، لكان عفوه عن الدية لا يجوز إذا رده الغرماء.

ولو لم يكن عليه دين لكان لورثته أن يردوا إن[1] زاد على ثلثه مما عفا عنه.

ولو كان القتل عمداً لجاز عفوه ولم يكن لغرمائه أن يردوا عفوه لأن الواجب له القصاص، وإنما/ تثبت الدية بالتراضي على رواية **ابن القاسم**، والدم الذي استحقه لا منفعة في إراقته لغرمائه، ولا يلحقهم ضرر بعفوه، فمضى عفوه فيه. وقد كنا قدمنا الكلام على هذا، وأشرنا إلى ما يتخرج فيه على مذهب **أشهب** القائل إن لولاة المقتول أن يجبروا القاتل على الدية.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب حذف إن.

وكذلك لو لم يعف المقتول عمداً، ولكن عفا الورثة على الدية وعلى الميت دين، فإن عفوهم جائز على غرماء الميت على ما قدمناه.

وكذلك لو عفا الوارث، وعليه في نفسه دين، لم يكن لغرمائه أيضاً أن يردوا عفوه. وهذا الذي ذكرناه في دم استحقت إراقته فعفا من يستحقها.

وأما إذا بطل القصاص وانتقل الحكم إلى الدية، بأن يترك المقتول ولدين فيعفو أحدهما عن الدم بغير عوض، فإن القصاص ها هنا لا يمكن لأن الثاني من الولدين الذي لم يعف إنما يستحق نصف الدّم وإتلاف نصف النفس مما لا يتميز حقه فيه من حق أخيه ولا ينقسم، فإذا بطل حقه في إراقة الدم عاد ذلك مالاً استحقه الذي لم يعف، فلا يمكّن حينئذٍ هذا الذي لم يعف من إسقاط نصيبه من الدية لكون نصيبه من الدم قد امتنع إراقته فصار حقه منحصراً في الدية وذلك كمالٍ ورثه عن أبيه مما اكتسبه أبوه، فليس له أن يهبه ويبطل حق غرمائه فيه.

ولو كان على هذا الذي لم يعف دينٌ قد أحاط بنصيبه من الدية[1] على أبيه دين لكان غرماء أبيه أحق بنصيبه من الدية من غرمائه في نفسه، لما قدمناه من كون الدية عوضاً عن النفس التي كانت تسعى لغرمائها.

فإن قيل: هلاّ قلتم هذا فيما يورث عن الميت بحق الولاء: إن غرماء المعتق أحق بولاء العبد المعتق الذي مات بعد موت سيده الذي أعتقه لكون الولاء إنما يستحق بسبب تقدم في حياة المعتق وهو الإعتاق، فيكون غرماء المعتق أحق به من ورثته قبل[2] العبد المعتق إذا مات سيده والعبد حي فإن كسب العبد ملك لا يقدر أحد على انتزاعه منه، وقد يموت عن ورثة يستحقونه دون ورثة سيده، والدية لم يستقر ملكها لأحد دون القتيل ولا يتبدل حكمها ولا تعلق بشرط كما تعلق الولاء بشرط ألاَّ يكون العبد المعتق ورثته أحرار. وأيضاً

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: [و] على.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: مثل.

فإن ما يؤخذ بالولاء ليس بعوض لذمة المعتق، ولا عامله الغرماء على أن يعتق/ فيأخذون ديتهم من ولاء العتيق إذا مات، وقد يموت فقيراً أو يموت غنياً وله ورثة أحرار يستحقون ميراثه دون ورثة سيده لو كان حياً. وهذا يفرق بين كون الدين يؤخذ من التركة ولا يؤخذ مما يورث بالولاء.

فإذا تمهدت هذه الأصول، فاعلم بعدها: أن الدية إذ أخذت بعد موت الميت، وقلنا: إن الدين يؤخذ منها فلو ترك رجل مائة دينار، وعليه دين مثلها، وقد قتل عمداً، فوجب في ديته ألف دينار، وكان أولياء الدم ولَدَيْن له، فعفا أحدهما عن/ نصيبه من الدم على أن يأخذ ديته، فإن حقه في الدم وفي الدية قد سقط، وبقي حق أخيه الذي لم يعف، وقد استحق خمسمائة دينار[1] ونصف الدية.

وقد قررنا أن الدية تؤدى في الدين، فإن الغرماء أحق بها من الورثة، فيتحصل من هذا أن الميت ترك ستمائة دينار التي فرضنا أنه مات وهي تحت يده، والخمسمائة دينار التي فرضنا أنها طرأت بعد موته، وهي نصف الدية، فصارت تركته ستمائة دينار. ولكن حكم التوارث فيها يختلف بالمائة التي تركها مالاً له قبل موته، وتورث عليه إن لم يكن عليه دين، (وإن لم يكن عليه دين)[2]. وإن كان عليه دين يستغرقها دفعت كلها في الدين، والدية يأخذها الورثة أيضاً إن لم يكن عليه دين، وإن كان عليه دين يستغرقها دفعت كلها في الدين، والدية يأخذها الورثة أيضاً إن لم يكن دين، وإن كان عليه دين يستغرقها أدى جميعها في الدين. فيجب على هذا أن تكون المائة دينار التي عليه دين مفضوضة على الستمائة دينار التي ترك، فينوب كل مائة من الستمائة دينار سدس هذه المائة التي تركها، يخرج منها سدسها في الدين ستة عشر إلا ثلثاً

(1) هكذا في النسختين، والصواب حذف الواو.
(2) ما بين القوسين زيادة لا معنى لها في النسختين.

والخمسمائة المأخوذة في الدين يخرج منها من كل مائة سدسها، ويرث ما بقي من الدية الولد الذي لم يعف، ولا يأخذ الذي عفا من ذلك شيئاً.

وأما المائة التي تركها الميت: فإذا أخرج منها ما حظها[1] من الدين وهو سدسها، ورث ما بقي منها وهو خمسة أسداسها على فرائض الله سبحان، يقسم ذلك بين الولدين نصفين، فتكون القسمة اثني عشر جزءاً من أحد عشر جزءاً للولد الذي لم يعف، لأن له في خاصته خمسمائة دينار نصف الدية وله خمسون ديناراً/ نصف المائة التي ترك أبوهما.

فإذا كان له في خاصته خمسمائة وخمسون جعل الجزء خمسين ديناراً، فكان له أحد عشر جزءاً كل جزء خمسون ديناراً، وكان لأخيه الذي عفا جزء واحد، وهو خمسون ديناراً، فعليه في الخمسين التي تنوبه نصف سدس الدين، جزءاً من اثنى عشر جزءاً وذلك ثمانية وثلث، وتبقى له إحدى وأربعون وثلثان. وعلى هذا يصح للآخر بعد الدين بسبب الدية والميراث أربعمائة وثمانية وخمسون وثلث.

إلى هذا ذهب **ابن القاسم** في هذه المسألة على ما ذكره في **العتبية والموازية**، وذكره **ابن سحنون** عن أبيه، وعن **أشهب**.

ولو كان الدين خمسمائة، وخلف الميت خمسمائة، فإن الدين قال **ابن القاسم** مأخوذ من التركة ومن الدية يقسم بينهما نصفين، فيخرج نصفه من الدية ونصفه من التركة، ويقسم ما بقي منها بين الورثة نصفين ويؤخذ نصفها من الخمسمائة نصف الدية وتبقى مائتان وخمسون الباقية نصف الدية للولد الذي لم يعف، لا يشاركه فيها/ أخوه الذي عفا.

وهكذا قال **أشهب** و**سحنون** فيمن قتل عمداً، وله ابنان، وترك ألف درهم، فعفا أحد الولدين عن نصيبه وأخذ الآخر نصيبه من الدية، وهو ستة

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ما هو حَصُّها.

الوصايا في ثلثه، لأن الوصايا لا تدخل إلا فيما علم به الميت، يأخذ الموصى له ثلث الخمسمائة، وما بقي من المال كله يكون بين الولدين على عشرين جزءاً، للذي عفا جزء وهو نصف العشر، والذي لم يعف تسعة عشر سهماً.

وهذا الذي قالاه أيضاً يعرف صحة حسابه مما قدمناه، وذلك أن الستة آلاف المأخوذة في الدية كمالٍ طرأ للميت لم يعلم به لأن ولده إنما عفا عن الدم وصيره مالاً بعد موت أبيه، فلا تدخل الوصايا فيه، وإنما تكون الوصايا فيما تركه وعلم به في حياته، وهو لم يعلم بأنه يرثه عنه سوى الألف/ درهم التي تركها، وكانت تحت يده في حياته، وقد خرج نصفها في الدين كما خرج نصف الستة آلاف المأخوذة في الدية في الدين أيضاً، فصارت التركة ثلاثة آلاف، وهي نصف ما أخذ في الدية، وخمسمائة وهي نصف الألف المتروكة ميراثاً، تكون ثلاثة آلاف وخمسمائة قضيت في الدين، فإنما تكون الوصايا في الخمسمائة التي بقيت بعد قضاء الدين من الألف الذي ترك، وهو لا يستحق أن يوصي بأكثر من الثلث، وكان ثلث ما ترك يورث عنه وهو مائة وسبعة وستون درهماً غير ثلث درهم وتبقى ثلثا هذه الخمسمائة يرثه الولدان نصفين العافي والذي لم يعف، فيكون لكل واحد/ من هذه الخمسمائة سبعة وستين غير ثلث فيصيب العافي من هذا المال كنصيب الموصى له، لأن الوصية عادت إلى ثلث المال، (والثلث يقتسمانه)[1] الولدان وتبقى الثلاثة آلاف التي هي نصف المأخوذ من الدية يختص بها الذي لم يعف، فيسقط[2] هذا المال الذي بقي بعد قضاء الدين، فوجدنا خمسمائة منه تقسم أثلاثاً، وهو سبعة أجزاء، كل جزء خمسمائة، فتضرب السبعة أجزاء في ثلاثة، لذكرنا الثلث الموصى له وهو ثلث الخمسمائة، فينتهي ذلك إلى أحدٍ وعشرين جزءاً، وقد خرج منها جزء الموصى له بالألف، والذي عدا يستحق مثل ما استحق. وإذا أسقطنا من الواحد وعشرين جزءاً

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: والثلثان يقتسمهما.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فيُقسّط.

نصيب الموصى له بقيت عشرون جزءاً، للذي عفا جزء واحد منها؛ وهو نصف العشر، فأخذ مثل ما أخذ الموصى له. ولكن نسبة ما أخذ الموصى له ثلث السبع، ونسبة ما أخذه أحد الوارثين بعد إخراج الوصية نصف العشر، ومقدار ما أخذه واحد على ما بيّنا.

فهذا بسط ما ذكره **أشهب** و**سحنون** في هذه المسألة.

ولو ترك عبداً يساوي ألف درهم وعليه، ألف درهم ديناً، فباعه القاضي في الدين، ثم عفا أحد الولدين، وأخذ الآخر نصف الدية ستة آلاف، فليرجع عليه أخوه بنصف سبعها، وذلك أربع مائة درهم وثمانية وعشرون وأربعة أسباع درهم. ولو لم يقم الغريم حتى قبض الابن الستة آلاف، فأخذ منها الغريم ألفاً، فإن العبد بين الولدين نصفين[1]، والخمسة آلاف الباقية للأخ الذي لم يعف، ويرجع الذي لم يعف على الذي عفا بنصف الدين الذي هو ألف درهم، وهو أحد وسبعون درهماً وثلاثة أسباع درهم، فإن أداها وإلا بيع من نصيبه من العبد بقدر ذلك. وهذا أيضاً يعرف مما قدمناه. وإنما كثرنا المال ليرسخ تصوره في النفس.

ولو ترك أبوه زوجة فعفا الابن وأخذ دية أبيه اثنى عشر ألف درهم، وترك الميت عبداً يساوي ألف درهم، وعليه دين ألف درهم: فللمرأة ثمن ذلك كله: من العبد ومن الدية، وعليه[2] ثمن الدين، وللابن سبعة أثمان التركة من عبد ودية/ فهكذا يقسم/ الدين عليهما والميراث.

ولو ترك ابنا وابنة وزوجة في هذا السؤال، فعفا الابن عن الدم: فإنه تدخل في ذلك الابنة والزوجة بالميراث، وما على الميت من دين يقضى من الدية ومن المال المتروك، وما بقي يقسم على الفرائض. وهنا[3] تعرف أصوله

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: نصفان.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وعليها.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وهذا.

من كتاب الديات، وأن من له العفو إذا عفا واستحق شيئاً دخل فيه من الورثة من لا مدخل له في العفو.

ولو وهب المريض عبده لرجل وقيمته ألف درهم، ولا مال له غيره، ثم قتل العبد المريض وله ابنان، فإنما للموصى له ثلث العبد، فإذا قتل سيده فإن شاء الورثة قتله قتلوه، وإن استحيوه على أن يكون لهم فضت الدية على العبد: ثلثا الدية على ثلثي الورثة فيسقط[1] ذلك، وثلث الدية على ثلث العبد فيخير الموصى له بين الفدية بثلث الدية أو يسلمه. وتفريع ما وقع في الروايات في هذه المسألة يعرف من كتاب الديات والجنايات.

ومما يلحق بما نحن فيه ما ذكره **ابن المواز** فيمن قتل عمداً وترك مدبَّراً قيمته مائَة دينار، ولم يترك سواه، ولا دين عليه، فعفا أحد الوارثين عن الدم وأخذ الذي لم يعف نصف الدية، فإن العبد يعتق جميعه، ويكون خمسة أسداس مائة دينار، بين الولدين نصفين للعافي والآخر للذي لم يعف.

وهذا الذي ذكره مأخوذ مما قدمناه من فض الدين الذي يكون على المقتول عمداً في مثل هذه المسألة بين ما ترك من مال علم به، وبين ما أخذه أحد ولديه من ديته، فما ناب المالَ الذي مات وهو على ملكه أخرج في الدين، وما بقي من هذا المال الذي مات عنه كان بين الولدين نصفين، ويكون الذي لم يعف عن الدم ينفرد بما أخذ من الدية بعد إخراج ما وقع على ما أخذ من الدية من الدين، وبعد الفض عليهما فالمدبَّر ها هنا حكمه حكم الدين. فقد صار الميت في هذه المسألة ترك ستمائة دينار، وهي التي قوّمنا بها المدبر، وخمسمائة هي المأخوذة في نصف الدية، والمدبر يعتق في المال الذي مات عنه الميت وعلم به، وفي المال الذي طرأ بعد موته ولم يعلم به. وقبض[2] قيمته على هذه الستمائة دينار، فينوب ما يختص به في نفسه سدس القيمة، وهي سبعة

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يقسط.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فتفضّ.

الخمسمائة دينار التي أخذت من الدية أثلاثاً، لأجل أن نصيب الأخ الذي عفا ثلاثمائة دينار فتصير الخمسمائة المأخوذة في/ الدية إذا بسطت[1] أثلاثاً خمسة عشر ثلثا، كل ثلث منها وهو ثلث مائة دينار. ولهذا الذي لم يعف زيادة على ذلك ثلث المائة التي يستحقها في المدبّر، فصار له ستة عشر جزءاً لكل جزء منها ثلاثة وثلاثون ديناراً وثلث دينار، وللذي عفا جزء واحد وهو ثلاثة وثلاثون ديناراً وثلث. فإذا أعتق العبد من هذه الجملة التي هي ستمائة اقتسما الباقي على سبعة عشر سهماً، للذي عفا من ذلك سبُع واحد، وهو تسع وعشرون دينار ونصف غير سبْعِ حبَّات على التقريب، وللذي لم يعف مثل ذلك ستة عشر مرة. فيبلغ ذلك كله خمسمائة دينار الباقية بعد عتق المدبر.

وهذا القول الذي ذكره **محمد** أشار إلى رده بأن قال: الأول أحب إليَّ، ألا ترى لو كانت قيمة العبد مائة وخمسون، وعلى السيد خمسون، لكان ينبغي فيما وصفتُ لك ألا يحاصّ إلا بخمسين ثلث قيمة العبد وكذلك يكتفى أن لو كان عليه دين يحيط بالمدير ألاّ يكون له شيء.

وهذا القول الذي حكاه وأشار إلى ضعفه هو الذي ينبغي أن يكون جارياً على أصل **ابن القاسم** القائل بأن المدبر إذا ترك سيده مالاً علم به، ومال طرأ له/ لم يعلم به، فإنه يُبَدَّأُ بعتقه من المال الذي علم به، فلو استوعب ثلثه ثلث المال الذي علم به، وكان الميت أوصى بوصايا، فإنها تبطل، ولا يؤخذ من المال الذي لم يعلم به، ويعتق ثلثا المدبر في المال الذي لم يعلم به الميت، وهي خمسمائة ويكون للعافي جزء من سبعة عشر جزءاً ديناراً على ما بيناه بعد في إخراج جميع المدبر وإمضاء العتق في جملته.

وأما **عبد الملك**، فإنه يقول: إن المدبر يعتق فيما علم به وما لم يعلم، فما فضل من المال الذي علم به دخلت فيه الوصايا، وما فضل من المال الذي لم يعلم به لم تدخل فيه الوصايا.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: قسّطت.

وأما الدين، فالأصل فيه أن يكون شائعاً في جميع المال الذي علم به للميت والذي طرأ بعد موته. والخلاف في هذا يبعد، ولم أقف فيه على نصّ صريح في كونه يبدأ في أخذه بإخراجه من الذي علم به.

لكن الشيخ **أبا محمد بن أبي زيد** قال في **نوادره**: روى **عيسى** عن **ابن القاسم** في **العتبية**/ فيمن قتل عمداً وترك مائة، وعليه مائة دينار، وأوصى بوصايا، فعفا عن القاتل على الدية، قال: يقضى الدين من المائة التي علم بها، وتبقى الدية لورثته، وتبطل الوصايا ونبه على هذه الرواية بأن قال: أنظر[1] فيها غير هذا، والمسألة الأولى في الذي عليه دين ولم يوص بشيء فعفا واحد من البنين بذلك على هذا، فأشار إلى ما كنا قدمناه في صدر هذه المسائل من كون المقتول عمداً إن ترك مائة دينار وعليه مائة دينار وعفا أحد الولدين فإن الدين يفضّ على أحد المالين، فما ناب المائة التي تركها ميراثاً عنه أخرج لصاحب الدين، وقسم الولدان بقيتها، فكأنه يشير إلى أن هذا يقتضى أيضاً توزيع الدين في هذه المسألة التي رواها **عيسى** عن **ابن القاسم** على ما علم به وهي المائة المتروكة، وعلى ما لم يعلم به وهو المأخوذ في الدية. فيجب إذا خرج من الميت[2] المتروكة ما نالها من الدين، أن تكون الوصايا في ثلث ما بقي منها مما يقسمه الولدان ميراثاً بينهما.

وأشار بعض الأشياخ إلى أن قول **ابن المواز** ها هنا لو كان عليه دين يستغرق المدبر يجب ألاّ يحاص بشيء، يقتضي أن المدبر إنما يدخل فيما علم به، فإذا أحاط بالمدبر امتنع أن يكون للذي عفا به حصاص لكونه لا يرث من الخمسمائة المأخوذة في الدية شيئاً، وإنما يرث في المدبر، والمدبر وجب رد عتقه بالدين الذي يختص إخراجه بالمدبر، وإنما يعتق من جهة أخرى: من كونه

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: النظر.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: المائة.

يدخل فيما لم يعلم به، والذي لم يعلم به الميت من هذه الدية لا مدخل للعافي فيه. واستبعد مع هذا التأويل لهذه الرواية، وقال: ينبغي ألاّ يختلف في كون الدين يكون شائعاً فيما علم به وما لم يعلم به.

وروى **عيسى** عن **ابن القاسم** في **العتبية** فيمن له مدبر قيمته مائة دينار ولا دين عليه، فيقال للذي عفا كم يكون لك من المدبر لو لم تكن دية؟ فيقول: ثلثه. فيقال له:/ فالمدبر يستتم عتقه في الخمسمائة دينار، فيتم عتقه كله، وترجع أنت على أخيك بمثل ما يكون لك من المدبر، وذلك ثلاثة/ وثلاثون وثلث، ولا يكون ذلك كالدين. يفضّ على المالين كما قال من قال، وذلك خطأ ولا يكون الذي عفا أحسن حالاً لأن العافي عن العمد لم يعف عن مال ولذلك لم يضمن الدين.

وأما إن كان خطأ فليس لأحد عفو حتى يجمع الدين ثم يخرج ثلث ما بقي للمدبر والوصايا.

فأشار في هذه الرواية إلى أنه لا يفض المدبر على المالين بخلاف الدين الذي يجب فضه.

فأشار بهذا إلى أن الخلاف إنما يحسن في فض عتق المدبر على المالين. وأما الدين فلا يحسن الخلاف في كونه مفضوضاً على المالين.

ومن ترك ثلاثة بنين له على أحدهم مائة دينار، وترك مائتين، وأوصى بمائة، ففي التركة ثلاثمائة، فللوصاية منها مائة، والمائتان بين البنين: لكل ابن ثلاثمائة[1] فالذي عليه المائة عنده أكثر من حقه فاقتسم ما حضر بين الولدين والموصى له على سبعة للموصى له ثلاثة، ولكل ابن ممن لا دين عليه سهمان ثم يتبع جميعهم الولد الذي عليه المائة بثلث المائة فما قبضوا منه قسموه على سبعة.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ثلثامائة.

وقال **محمد** يأخذ الموصى له ثلث المائتين، ويقسم ما بقي على الثلاثة، فما صار للمديان رجع فيه صاحب الثلاثة ثلاثة أسباعه والوارثان بأربعة أسباعه.

وهذا الذي ذكره من القسمة على سبعة لأجل أن الموصى له [له] ثلاثة أثلاث من كل مائة ثلث وكل واحد من الأولاد له في المائتين ثلثا مائة فلهذا تكون القسمة على جزءين: لكل ولد جزءان، وللموصى له ثلاث أجزاء. ولعلنا أن نذكر المسألة، والإشارة إلى ما قاله **ابن المواز** في غير هذا الموضع.

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب رحمه الله:

وتحل الديون المؤجلة بفلسه، ولا يحل مالَه من دين مؤجل والميت كالمفلس في ذلك كله.

قال الفقيه الإمام رحمه الله:

يتعلق بهذا الفصل خمسة أسئلة، منها أن يقال:

1 ـ ما الدليل على حلول الدين المؤجل بالموت؟.

2ـ وما الدليل على حلوله بالتفليس؟.

3 ـ وهل يحل قولاً مطلقاً أو باختيار من له الحق؟.

4 ـ وهل تحل الديون المؤجلة إذا كانت معرضة للبطلان؟.

5 ـ وما الدليل على أن ما للمفلس من دين لا يحل لأجل تفليسه.

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال:

إذا مات من عليه دين طلبت تركته بالديون كلها، وإن كانت مؤجلة لم تحلّ آجالها. وهذا قول عامّة العلماء وخالف في هذا **الزهري والحسن البصري**

وعمرو بن دينار. وكان هؤلاء يتعلقون بظاهر قوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾[1] وقوله عليع السلام: «**المؤمنون عند شروطهم**»[2]. وإذا عقد بيع بثمن مؤجل لم تلزم المطالبة به إلا عند أجله، لأنه مقتضى الوفاء بالعقد وكذلك أيضاً هو/ كالشرط في الثمن فيجب أن يوفى بالشرط. وكأن الجمهور يرون أن البائع إنما عقد على ذمة يثق بها، فإذا خربت وذهب عين المطالَب بالمال كان مقتضى العقد أيضاً لا يخـرج ماله ويخرج ويعـرض به التلف، وأيضاً فإن التركة لم تخل من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تعقل التركة عن الغرماء لحق[3] الورثة.

أو يمكّن الورثة من قسمتها.

أو يمكن الغرماء من أخذ حقوقهم منها.

[4]بباطل أنها تعقل على الورثة[5] على الغرماء لأن في ذلك ضرراً على الجميع. أما الغرماء، فلكون ديونهم إنما تؤخذ مما ترك الميت وتعلق حقهم بأعيان ما ترك، فإذا أوقفناهُ فهو معرض للتلف والهلاك، فلا يجدون مرجعاً بديْنهم والدية[6] التي كانت حقوقهم متعلقة بها قد بطلت بالكلية ويلحق أيضاً الورثة ضرر يمنعهم التصرف فيما ورثوه من غير فائدة لهم في ذلك ولا للغرماء مع كون الميت قد قال ﷺ: «**نفس المؤمن مرتهنة بدينه حتى يقضى عنه**»[7]،

---

(1) سورة الأنعام، الآية: 1.
(2) أخرجه البخاري تعليقاً. انظر: الفتح: 5/358.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وعَن.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فباطل.
(5) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: [و] على.
(6) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الذمة.
(7) فيض القدير: 6/288. حد 9281. لفظه: نفس المؤمن معلقة... الترمذي: الجامع الكبير 2/375 حد 1078، 79.

وفي تأخير دفعه للغرماء إضرار بالجميع: بالميت والغرماء والورثة. فوجب لأجل هذا أن تحل الديون.

وإن قلنا: إن الورثة يمكنون من قمسته، فإن هذا أيضاً إضرار يختص بالغرماء، لكونهم قد لا يجدون ما يرجعون فيه بدينهم إذا تصرف الورثة في مال غيرهم وأكلوه، وهذه إضرار بين/ لغرماء[1]. فلم يبق إلا تمكين/ الغرماء من أخذ حقوقهم منه، ويقسم الورثة ما فضل عن الدين، فتعمّ هذه المنفعة الغرماء والورثة، وذلك أولى مما يضُرُّ بالغرماء والورثة.

فالجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

أمَّا المفلس إذا حكم بتفليسه والحجر عليه في ماله، فإن ديونه المؤجلة تحل عند **مالك** وأصحابه رضي الله عنهم.

واختلف قول **الشافعي** في ذلك، فقال مرة: تحل. وقال مرة أخرى: زعم بعض المفتيين إنها تحل، وأشار إلى **مالك**، ورأى هو أنها لا تحل.

والصحيح عند أصحابه أنها لا تحل. ولنا في أحد قوليه إن الموت يقتضي حلول الديون الآجلة لخرابة ذمة المديان، وكذلك يجب أن يكون التفليس لخراب ذمة المديان أيضاً، وحدوث حالة غير[2] الذمة، وتعلق فيها حق في المال. وأيضاً فإن المعاملة تقع على الذمة وتقع على أعيان المال، فإذا كان ذهاب الذمة بالكلية التي تقع المعاملة عليها توجب حلول الديون المؤجلة، فكذلك إذا ذهب الأعيان، وبقي الغريم فقيراً، وحكم بتفليسه والحجر عليه، ويجاب عن هذا بأن المال لو ذهب من يده قبل أن يُحجر عليه لما وجب حال[3] الديون المؤجلة فكذلك إذا ذهب ووقع الحجر عليه، إذ لا تأثير للحجر ها هنا.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بيّن للغرماء.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: تغَيُّرِ.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حلول.

كما أن الشافعي أجاب أيضاً عن قياس الفلس على الموت بأن الذمة في الموت خربت خراباً لا يرجى بعده أن تُعمّر، وفي التفليس، وإن خربت، فإنها ترجى بعد ذلك عمارتها بإفادة المفلَّس مالاً من ميراث أوْ حلة[1] أو سعي بسعاية ومعاملات يحدثها.

واعتمد من/ ذهب إلى أنه لا تحل الديون المؤجلة بالفلس على أن التأجيل في ثمن المبيعات له حصة من الثمن. ومعلوم قطعاً أن ما يشترى على أن يوزن[2] ثمنه إلى أجل يكون الثمن فيه أوفر من الثمن لو بيع على النقد فإذا قلنا بحلول الديون المؤجلة أفضى ذلك إلى إلزام المشتري ثمناً لم يأخذ العوض/ عنه وهو التأجيل. وهذا أقوى ما يعتمد عليه المخالف.

وأجيب عن هذا بأنه إنما يدفع الضرر إذا لم يقابله ضرر آخر، ولهذا قلنا إن البائع أحق بسلعته إذا وقع التفليس، وما ذلك إلا لنفي الضرر عنه. وها هنا إذا رفعنا الضرر عن المشتري بكونه لا يحل الدين المؤجل لَحِق البائعَ ضرر في كون مال المفلس يقسمه من سواه من الغرماء، وإذا حل الأجل لم يجد مرجعاً، والضرر لا يدفع بالضرر من جانب، وكون البائع أحق بسلعته في التفليس لدفع الضرر. وقد يتصور فيه ضرر بالغرماء، وسنتكلم على وجه كونه أحق بسلعته في التفليس بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وقد تقدم الكلام على أن الديون إذا كانت كلها مؤجلة لم يجب التفليس، لكون الطالبين لم يستحقوا المطالبة، وإن كان بعضها حالّة وبعضها مؤجلة، والذي في يد الغريم لا يفي بالحقوق الحالة فإنه يفلس في حق من حل دينه ومن لم يحل.

وتحل الديون المؤجلة وإن بقي في دينه[3] بعد قضاء الديون الحالة ما

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: صِلة.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يُؤدَّى.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ذمته.

يرجى منه أن يقضي دين أصحاب الحقوق المؤجلة لم يفلس في حقهم.

وبسطنا القول في ذلك. وتنازع المتأخرون إذا كان ما في يديه مقدار الحقوق الحالة لا أكثر.

والجواب عن السؤال الثالث أن يقال:

إذا فلس المديان وعليه دين من عروض أسلم إليه فيها إلى أجل، فإن الأجل يبطل، وتقع المحاصة بالعروض على أنها حلت على المفلس، وهنا يتضح إذا طلب مستحقها في الذمة أن يحاص بها على الحلول. فأمّا إذا أبى ذلك وقال: لا أطلب الحكم بكونها حالة. وقال من هي عليه: قد حكم الشرع بحلول ما على المفلس فلا/ أؤخرها في ذمتي طلباً للبراءة منها. كما لو حل الأجل المشروط (وقال من هي عليه: الدين لم يستحق ذلك عليه خذه لا براءة منه)[1]، وقال مستحق الدين: لا آخذه فإنه يجبر على أخذه، فإن **ابن القاسم** ذكر في **العتبية** أن مستحق العروض المؤجلة في الذمة يجبر على أخذها إذا أراد من هي عليه البراءة منها لما فلس.

وعارض بعض أشياخي هذا ورأى أن التعجيل لها قبل أجلها بمقتضى حكم التفليس إنما ذلك لنفي الضرر عن مستحقها في الذمة، مخافة أن تؤخر إلى أجلها فلا يجد مستحقها عند غريمه مالاً يرجع عليه فيه بها، لكونه من سواه من الغرماء قد أخذوا جميع ما في يديه، فإذا رضي هو بهذا الضرر بقي الحكم على ما كان عليه من التأجيل في أصل المعاملة.

وكأنه يشير/ إلى أن هذه القضية بالحلول معللة بعلة فإذا زالت العلة ارتفع حكمها.

وقد كنا قدمنا عن **أصبغ** أنه يقول فيمن كان غائباً ماله إنه إذا فلس حلت الديون المؤجلة واستتم تفليسه، وذكرنا معارضة بعض الأشياخ في هذا،

---

(1) ما بين القوسين هكذا في النسختين، ولعل الصواب حذفه.

وقولهم: إن أصحاب الديون المؤجلة إذا ذهبوا إلى موضع به المال فإن القياس: لا يمكنون من أخذ ما بقي لهم حتى يحل الأجل، و[1]ارتفاع العلة التي أوجبت لهم الحصاص لما كان المال غائباً. وهذا خلاف؛ فظاهر[2] **كلام أصبغ**، وكأن **أصبغ** رأى أن الحكم إذا وقع لم يرتفع لارتفاع عليته.

وكذلك في **المبسوط لابن نافع** أنه إذا مات من عليه الدين المؤجل، فقال ورثته: نأتوا[3] الحميل موسر يضمن عنا الدين إلى أجله، وتقسم التركة. فإنهم لا يمكنون من ذلك.

وكأنه رأى أن حلول الدين بالموت ضربة لازم فلا يتغير الحكم فيه بزوال علته. وهذا مطابق لما حكيناه عن **ابن القاسم** أيضاً من كون طلب العروض في المفلس إذا أراد بقاءها في الذمة فإنه لا يمكّن من ذلك. وعارض أيضاً هذا كما عارض **ابن القاسم** فيما حكيناه عنه. وكأنَّ وجه ما وقع في **المبسوط** أن من له الدين إنما عامل على ذمة معينة، فالتحويل عنها لا يجب عليه، كما لا يجبر من له الدين. فدخل[4] على أن يتحول به على رجل آخر.

/ **الجواب عن السؤال الرابع** أن يقال:

اختلف الأشياخ المتأخرون في الديون إذا كانت من أكرية وهي مؤجلة ففلس المكتري، فهل يحل ما عليه من الكراء أم لا؟ وكثر النزاع بين الحذاق في هذا، ووقفت على تأليف جرى بينهم في هذا.

فكأن بعض أشياخي رأى أن ظاهر **المدونة** يقتضي حلول الدين، وتعلق بما وقع في **المدونة** من قوله: إذا فلس مكتري المائة[5] فإن صاحب الدابة أولى

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لارتفاع.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حذف الفاء.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: نأتِي بحميل.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حذف فدخل.
(5) هكذا في النسختين، والصواب: الدابة.

بالمتاع من الغرماء، ويباع للغرماء منافع الدابة. وظاهر هذا تعجيل حقه في الكراء إذ لا يصح أن يباع للغرماء منافع يأخذونها ويبقى هو طالباً للكراء من ثمن المبتاعُ[1] إذا بيع للغرماء بعد انقضاء المسافة.

وقال أيضاً فيمن اكترى أرضاً فزرعها ثم فلس: إنه يحاص الغرماء بالكراء. وظاهر هذا تعجيل الكراء له وإن لم يحل. وذكر لي بعض أشياخي أن القاضي **أبا محمد عبد الوهاب** وقع له في خلال كلامه في شرح **الرسالة** أن الدين يحل ها هنا. وكذلك ذكر لي عن **المبسوط**.

ولم أقف أنا على هذا في هذين الكتابين فيما أذكر الآن. لكن عندي أن المسألة كالمنصوص فيها على قولين لأنه اختلف المذهب فيمن أكرى داراً خمس سنين بمائة دينار قبضها، فذهب حول بعد قبضها: هل يزكي جميعها كما يزكي ما في يديه من مال لا يخشى استحقاقه عليه أو لا يزكّي سوى عشرين ديناراً، وهي التي تنوب العام الذي تقضّى، ولا يخشى أن يردها على دافعها/ وما سواها من السنين الأربع الباقية لا يزكيها الآن، لكون الرابع[2] المكترى قد ينهدم فيبطل الكراء، فيجب عليه ردّه. وهذا مبني على اختلاف في الطوارىء النادرة، هل يلتفت إليها وتعتبر [في] الأحكام أم لا؟.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال:

أما المفلس فلا تحل ديونه المؤجلة لأجل ما حل عليه من ديون هي عليه مؤجلة. وهذا لا خلاف فيه لكون: أن من له عليهم الدين لم تتغير ذمّتهم التي عاملهم عليها، فيكون له مقال في حلولها، ولكن تباع لغرمائه[3] حال كما يجوز البيع في مثلها. ولو كانت مما لا تباع أصلا على حال كطعام/ أسلم فيه، فإنه

---

(1) هكذا في النسختين، والصواب: المتاع.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الربْع.

(3) كلمة غير واضحة.

يؤخر إلى أن يحل الأجل فيقضى منه حق الغرماء. وهذا قد يقال فيه هلا باعه القاضي برأس ماله بمعنى التولية أنه ينظر فيمن يتولاه برأس المال، فيكون ذلك من حق الغرماء ليستعجلوا دينهم. وهذا يقال فيه: إن التولية قد يتضرر منها وأيضاً فإن السلم إنما يقع ليرتفق المسلم إليه بالثمن المعجل ويرتفق المسلم بالرخص وما يرجوه من حوالة الأسواق في التأخير فإذا قضينا في التولية برأس المال بطل غرض المسلم وأضررنا به في فقد الربح. ولو كان في يد أحد الغرماء رهن بيديه[1] المؤجل لحل دينه، لأنه يرتفع عنه الضرر ويثق بتوصله إلى حقه لأجل الرهن الذي في يده. فكأن الذمة لم تتغير، بخلاف سواه من الغرماء الذين لا رهن في أيديهم.

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب رحمه الله:

وتعلق حقوق الغرماء بمال المفلس يختلف:

فمنهم من يتعلق حقه بمال معين. ومنهم من يتعلق حقه شائعاً في جميع ماله.

فالأول كالبائع يجد عين سلعته على حالها لم تفت، فله الخيار بين أخذها بالثمن الذي باعها به أو تركها والحصاص. فإن كان قبض بعض الثمن رده وأخذها.

وفي الموت لا رجوع له، بخلاف الفلس، وهو والغرماء أسوة.

والثاني هم سائر الغرماء الذين لا يعرفون أعيان أموالهم، فيستوون في المحاصة.

ثم قال: **والصناع إذا قبضوا السلع وأفلس أربابها فأخبرهم[2] فهم أحق بها**

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بدينه.

(2) هكذا في النسختين، والصواب: بأجْرِهم. كما في غ، والغاني.

في الموت[1]. وكذلك مستأجر الأرض للزرع يكون ربّها أحق بالزرع، والسكنى[2].

قال الفقيه الإمام رحمه الله:

يتعلق بهذا الفصل ثمانية أسئلة، منها: أن يقال:

1 ـ ما الدليل على كون البائع أحق في الفلس، وأسوة في الموت؟.

2 ـ وهل تعلق حق غير مشتريها بها يمنع كون بائعها أحقّ أم لا؟.

3 ـ وما العقود التي يكون صاحب السلعة أحق بها؟.

4 ـ وما حكم العيب الحادث عند المفلس أو الولد الحادث عنده؟.

5 ـ وما حكم الثمرة الحادثة عند المشتري؟.

6 ـ وما حكم ما يضيفه المشتري في التفليس إلى المبيع؟.

7 ـ وما الحكم في كون البائع قبض بعض الثمن وبقي بعضه؟.

8 ـ وما حكم التفليس في شراء/ المنافع؟.

فالجواب/ عن السؤال الأول أن يقال:

اختلف الناس في تعذر استيفاء ثمن السلع المبيعة: هل يوجب للبائع حقاً في فسخ العقد أم لا؟،

فذهب **أبو حنيفة** إلى أنه لا يوجب للبائع حقاً في فسخ البيع لا في فلس المشتري ولا في موته، وبه قال **النخعي والحسن البصري**.

---

(1) هكذا في النسختين، وفي غ والغاني: في الموت والفلس.

(2) هكذا في النسختين، وفي غ والغاني: والسكنى يكون ربّها أحق بما بقي من مدة السكنى.

وذهب **الشافعي** إلى أنه يوجب للبائع حقاً في فسخ البيع إذا كان المبيع قائم العين سواء فلس المشتري أو مات، وبه قال من الصحابة: **عثمان وعلي وابن مسعود وأبو هريرة**، ومن التابعين: **عروة بن الزبير**. ومن الفقهاء: **أحمد وإسحاق**.

وذهب **مالك** إلى التفرقة بين الفلس والموت على حسب ما ذكره القاضي **أبو محمد**، فجعله في الفلس أحق بعين سلعته، وفي الموت أسوة مع الغرماء.

والذي يجب النظر فيه في سبب هذا الخلاف يتبع ما وقع من الآثار وذكر تأويلاتها والترجيح بين ما يؤوّل فيها، ثم النظر في طريق الاعتبار.

فأما الآثار فينبغي أن تعلم أن مدار الحديث الذي تعلق به العلماء في هذا على **أبي هريرة**، وإن كان قد روى **نافع** عن **ابن عمر** و**الحسن** عن **سمرة بن جندب** نحو ما روي عن **أبي هريرة**، فخرج **مالك** في **الموطأ** عن **ابن شهاب** عن **أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام** أن رسول الله ﷺ قال: «**أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه منه، ولم يقبض الذي باع من ثمنه شيئاً فوجده بعينه، فهو أحق به وإن مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع فيه أُسْوة الغرماء**»[1]. وأتبع ذلك أيضاً ما رواه **يحيى بن سعيد** عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «**أيما رجل أفلس فأدرك رجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره**»[2].

وقد اختلف الرواة في النقل عن **أبي هريرة** لهذا الحديث فأظهرُها في النقل في النقل ما رواه **مالك** عن طريق **يحيى بن سعيد** بإضافة المال إلى رجل منكّر لم يذكر فيه صفة انتقال المتاع إلى من هو بيده.

---

(1) الموطأ: 2:209. حد. 1979.

(2) الموطأ: 2:211. حد. 1980.

لكن خرج **مسلم** في كتابه «**فصاحبه الذي باعه أحق به**»[1] فبيّن في هذه الرواية صفة كون المتاع في يد المفلس، وأنه/ مبيع.

وفي بعض الطرق عن **أبي هريرة** في صفة المتاع في يده فروى عنه قال: «**إذا أفلس رجل أو مات فصاحب المتاع أحق به**»[٣]. وهذه رواية **للشافعي** عمّن حدثه بهذا الحديث[2]. لأجل هذا الذي رواه لم يفرق بين المفلس والموت كما صنع **مالك**. ولأجل رواية **مالك في موطئه ما** رواه عن **ابن هشام** من التفرقة بين الفلس والموت ذهب إلى ما حكيناه عنه مْن التفرقة. لكن أصحابنا طعنوا فيما رواه الشافعي وأشاروا إلى القدح في صحته، وأنه لم يثبت عند أهل الحديث. وأصحاب **الشافعي** قدحوا أيضاً فيما تعلق به **مالك** مما رواه عن **ابن شهاب** بكونه حديثاً مرسلاً لأن **أبا بكر بن عبد الرحمٰن** لم يسمع من النبي عليه السلام. ومذهب الشافعي ترك/ الأخذ بالمراسيل إلاَّ مراسيل ابن المسيب.

وأجيبوا عن هذا الطعن بأن المالكية والحنفية يقولون بالمراسيل فلا يمنعهم من التعلق بهذا الحديث كونه مرسلاً. على أنه، وإن كان مرسلاً في أكثر الروايات وأظهرها، فقد رواه **عبد الرحمٰن عن مالك** مسنداً عن **ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمٰن عن أبي هريرة** أن النبيِّ عليه الصلاة والسلام. وإذا أرسل أكثر الرواة حديثاً وأسنده بعضهم قُبِل المسند وأُخذ به، كما تقبل زيادة العدل في حديث على جماعة رووه، على خلاف بين الأصوليين في هذا الإنفراد: هل يوجب التوقف عن القبول أم لا؟ وهكذا يطعن فيما عول عليه **الشافعي** في الزيادة التي رواها من قوله: «**إذا فلس الرجل أو مات**» فإن ذكر الموت ساقط في أكثر الروايات فقبوله ممن انفرد به من الرواة جار على الخلاف الذي ذكرناه بين أهل الأصول.

---

(1) مسلم: الصحيح: كتاب المساقاة: «باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس...» حد. 22، 23، 2524، الأبي.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: زيادة الواو فيصير النص: [و]لأجل.

هذا تحقيق القول فيما ورد من الآثار والإشارة إلى ما يقبل منها وما لا يقبل على اختلاف أهل الأصول.

وأما القدح فيها فقول بعضهم إن الذي رواه **مالك** في **الموطإ** من قوله عقيب ذكر الفلس ((وإن مات الذي ابتاعه فالبائع أسوة الغرماء)) ليس من كلام النبيِّ عليه الصلاة والسلام وإنما هو رأي وهو مذهب **أبي بكر بن عبد الرحمٰن** الراوي عطفه على ما رواه عن النبيِّ عليه الصلاة والسلام في المفلس. وهذا طعن/ لا ينبغي التشاغل به لأن الراوي إذا قال: قال النبيِّ عليه الصلاة والسلام، وأورد جملاً عطف بعضها على بعض فإن جميعها يحمل على أنه من كلام النبيِّ عليه الصلاة والسلام. ولو توقف عن بعض الجمل لأجل تجويز كون الواو للاستئناف أو حرف العطف وأنه من كلام الراوي لبطل أكثر أحكام الشريعة المأخوذة من السنن.

وتعويل هؤلاء على ذكر الموت عقيب ذكر الفلس ساقط في أكثر الروايات لا تلتفت إليه أيضاً، لكون الزيادة من الراوي العدل تقبل على الأصح من مذاهب أهل الأصول. فلو كان القدح من هذه الجملة لكان راجعاً لما قدمناه من كون القوادح الأُوَلِ المختلف فيها. وأما حمل ذلك على أنه فتوى من الراوي خلطها بكلام النبي عليه الصلاة والسلام، فإن هذا لا ينبغي أيضاً أن يضاف إلى الأئمة الرواة العدول لأن فيه تدليساً وتلبيساً في أحكام الشرع، وتغريراً بمن يأخذ بالحديث المروي، ولا يستحيل[1] خلافه كما يستحيل[1] مخالفة مذهب الراوي، وقد يرى نفسه أفقه منه، وهذا مما لا ينبغي التشاغل به، وإن كان **الشافعي** من كبار الأئمة طرق إلى هذا الحديث الاحتمال من هذه الجهة لجواز أن يكون من كلام الراوي.

وحاول **أبو حامد الإسفرايني** تصحيح هذا الذي أشار إليه **الشافعي** بأن قال: أظن أني رأيت في بعض الروايات: قال أبو بكر: فإن مَات فهو أسوة

(1) هكذا في النسختين.

للغرماء. وهذا/ أيضاً ظن من أبي حامد أنه رأى ما ذكر، **ولا يثبت بالظن خبر، مع أنه أيضاً لم يذكر أن هذا الظن بأنه رأى هذه الزيادة منسوبة إلى ثقة سماه، وهذا مما لا يقدح به فيما قدمناه من وجوب حمل الرواة عن النبيِّ عليه الصلاة والسلام أنه قال كذا وكذا على أنه قول النبيِّ عليه الصلاة والسلام بأسره لا على أن بعضه من كلامهم، وبعضه من كلام النبيِّ عليه الصلاة والسلام.**

فإذا تحقق لديك ما عرضناه عليك من هذه الأحاديث والقوادح فيها، والانفصال عن القوادح، فالإنصاف يقتضي أن قول أبي حنيفة: أن من له الدين أسوة مع الغرماء في الفلس والموت هو القياس، ولولا الأحاديث التي رويناها لم تحسن مخالفته، /لكن الرجل يذكر عنه أنه كان يقدم الأقيسة على خبر الواحد، فيمكن أن يكون صار إلى ما ذهب إليه من جهة القياس ألا يختص هذا الغريم بسلعته لأجل أن ملكه قد زال عنها زوالاً محققاً متيقناً، فصارت سلعة هذا الغريم كغيرها من السلع المأخوذة عند المفلس وفي تركة الميت. فكما لا يختص بغيرها من سلع المفلس أو الميت بل ذلك يتساوى فيه الغرماء، فكذلك في سلعته لكونها ساوت سائر أملاكه. وأيضاً فإن من باع سلعة بثمن في ذمة المشتري تعلق له حقان في الثمن: حق في كونه في ذمة المشتري، وحق في حبس السلعة حتى يأخذ ثمنها. فإذا أسقط أحد الحقين وهو حبس السلعة حتى يأخذ ثمنها وسلمها لمشتريها فليس له أن يرجع في هذا الحق، ويسترد السلعة إلى ملكه، ويفسخ العقد فيها حتى يعطى ثمنها. ألا ترى أن من باع سلعة وأخذ بالثمن رهنا، ثم سلم الرهن لراهنه، فإنه يبطل حقه فيه ولا يمكن من ارتجاعه عند فلس أو موت/ ويساوي الغرماء في ثمن هذا الرهن. فكذلك السلعة المبيعة إذا كان من حق البائع أن يحبسها بالثمن فسلّم حقه في ذلك وأسقطه، لم يمكّن من الرجوع في هذا الحق الذي أسقط، وبقي الحق الآخر، وهو كون الثمن في الذمة، وهذا الحق استوفى[1] فيه هو وسائر الغرماء.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: استوى.

لكن أصحابنا وأصحاب **الشافعي** يقولون: إن البائع، وإن أسقط حقه في حبس السلعة، فإنا لم أقل[1]: إنه أحق بها في الفلس من جهة أن له الرجوع عما أسقط، لكن من جهة أن عين المبيع قائمة، وما سواه من الغرماء قد فات ما باعوه، فيترجح عليهم بكون عين ما باعه قائمة، فلأجل هذا الترجيح قلنا: إنه أحق بعين سلعته.

وأما الرّهن فإنه لم يسبق له عليه ملك، ولا استحق عينه، فإذا أسقط حقه في كونه رهناً لم يبق له بعد ذلك ما يترجح به في هذا الرهن على غيره من الغرماء.

وقابل أصحابنا وأصحاب **الشافعي** هذا القياس بأن قالوا: إن السيد إذا كاتب عبده فقد انتقل حق في عين العبد إلى معاوضة في ذمة العبد، فإذا/ عجز المكاتب/ عن الأداء رجع السيد في العين التي باعها منه، وهي رقبة[2]، فالمكاتب كثمن السلعة وعجْز المكاتب عن الأداء كفلس المشترى وعجزه عن الثمن.

وهذا، عندي، لهم أن يقولوا فيه بأن السيد لم ينتقل ملكه عن العبد لأجل الكتابة، ألا تراه من حقه أن يمنعه من السلف وإتلاف ماله وفعل ما يعيب رقبة؟[3] وهذا يشعر بأن ملكه لم ينتقل عنه، ومشتري السلعة له أن يبيعها ويتصرف فيها كما يتصرف في سائر ملكه، فلهذا لا يكون للبائع أن ينقض هذا الملك المستقر. فإن كان هذا الرجل قدم القياس على الخبر الذي ذكرناه فهذا الجواب عنه، مع أنّا ننقل المسألة إلى ما أمليناه في أصول الفقه من كون الخبر يجب أن يقدم على القياس، فهذا طريقةٌ في الاعتذار عنه.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: نَقُلْ.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: رقبته.

والطريقة الثانية رد الخبر من جهة احتمالٍ فيه لا من جهة تقدمة قياسٍ عليه، وذلك أن أصحاب أبي حنيفة يقولون[1]: عليه السلام: «**فصاحب المتاع أولى بمتاعه إذا وجده بعينه**» محمول على أن المتاع كان وديعة عند هذا المفلس، أو عارية، أو غصب لمالكه، فإذا احتمل هذا، وأمكن أن يراد بالحديث، لم تكن فيه حجة على أن بائع السلعة أحق بعينها إذا فلس المشتري، لأن الوديعة والعارية ملك صاحبها لم ينتقل عنها، والسلعة المبيعة قد انتقل ملكه عنها. ويرجحون تأويلهم هذا بأنه قال: «**فوجد متاعه بعينه**» فهذه الإضافة أنها لا[2] تكون إضافة على الحقيقة لا على المجاز إذا كان المراد بالحديث متاعه الذي أودعه أو أعاره لأن ذلك متاع المودع والمعير، ولا يقال: إنه متاع المودَع والمستعير، والكلام يجب حمله على الحقائق.

ولنا عنه أربعة أجوبة:

أحدها: أنا ذكرنا أن في بعض طرق هذا الحديث «**فوجد البائع متاعه**» وهذا كالنص الذي يبطل تأويلهم.

فإن قالوا: معنى البائع ها هنا المساوم الذي لم يقبل البيع، وهو يسمى بائعاً على المجاز، فلا يُنْكرَ حمْل هذا اللفظ على المجاز كما حملتم أنتم قوله «متاعه» على المجاز، وأن معناه الذي كان متاعاً لمن باعه، لأن تجارهم لا يثمر فائدة لِما/ استقر من علم عند كل أحد أن من ساوم سلعة ولم ينفذ فيها بيعاً فإنه أحق بها، وليس للمشتري المساوم فيها حق بإجماع، كما أيضاً أن هذا أحد الأجوبة عن قولهم المراد بقوله: «متاعه» أودعه أو أعاره، لأنه لا يخفى عن عاقل أن من أودع وديعة أو أعار عارية أحق بوديعته من غرماء المودَع عنده، وحمل كلام النبي عليه الصلاة والسلام على ما لا يفيد والعدول عما يفيد لا

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب زيادة) قوْلُه.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب حذف: لا.

يذهب إليه أحد، بل الناس يحاشون الأئمة إذا سمعوا كلامهم أو رأوه في دواوينهم من حمله على ما لا يفيد، فكيف النبي عليه الصلاة والسلام، وإنما بعث ليبيّن للناس ما نزل إليهم، وقال تعالى: ﴿وأورثكم أرضهم وديارهم﴾[1] والمراد به ما/ كان أرضاً لهم ودياراً، لأن هذا يستعمل كثيراً مشتهراً.

والجواب عن السؤال الثاني: أن الحديث مقيد بالإفلاس وقال: «**إذا أفلس الرجل**». ومعلوم أن الوديعة والعارية صاحبها أحق بها، سواء من فلس وهي عنده أو كان غنياً، فلو أراد الوديعة لقال: من أودع شيئاً فهو أحق به، ولم يكن للتقييد بالإفلاس معنى.

والجواب عن السؤال الثالث أنه قال:

((فوجده بعينه)). والوديعة يأخذها صاحبها وجدها بعينها أو تغيرت. والفلس سنتكلم على حكم وجود ما باع وقد تغيرت.

والجواب عن السؤال الرابع: أنه قال:

((**فهو أحق بها**)) ولفظة «أحق» إنما تستعمل في مفاضلة بين صنفين موجودة في اثنين كقولنا: فلان أفقه من فلان. بمعنى أن فلاناً له فقه أكثر من فقه فلان الآخر وإن استعمل بمعنى السَّلْبِ، كقوله تعالى: ﴿**أصحاب الجنة يومئذٍ خير مستقراً وأحسن مقيلاً**﴾[2].

وإن كان أهل النار ليس لهم مستقر ولا مقيل حسن وكما يقال: العسل أحلى من الخل، وإن كان الخل لا حلاوة فيه، فإن هذه إنما تستعمل نادراً على جهة التجوز.

ومما اعتمد في الرد على **أبي حنيفة** من جهة القياس بعض الحذاق أن الثمن والمثمر شيئان في كون أحدهما عوض الآخر لا فرق بينهما في ذلك. ولو

---

(1) سورة الأحزاب، الآية: 27.

(2) سورة الفرقان، الآية: 24.

الفلس وهو أسوة في الموت».

والشافعي أجاب بنفسه عن هذا بأنه حديث مرسل، وهو لا يقول بالمراسيل. فإن شئنا حاججناه في/ الأصل الذي خالف فيه، ونصرنا القول بقبول المراسيل من الثقاة، على أصل أصحابنا. وإن شِئْنا منعناه من كون الحديث مرسلاً، وقلنا: قد قدمنا أن عبد الرزاق أسنده إلى أبي هريرة عن النبي عليه السلام. وعبد الرزاق ثقة رواه عن مالك مسنداً.

وقدح الشافعي، أيضاً، في الحديث من غير جهة الإرسال، بأن قال: قوله: «وإن مات فهو أسوة الغرماء» يحتمل أن يكون استئناف جملة قالها أبو بكر بن عبد الرحمٰن حكاية عن مذهبه وذكرنا أن هذا تطرق إلى هدم أصول عظيمة حتى تتعطل أكثر الأحاديث.

وأما الشافعي فإنه تعلق بحديث روي عن أبي بريد عن ابن أبي ذئب عن المعتمر عن أبي خلدة عن أبي هريرة أنه ﷺ ذكر حديثاً ساوى فيه بين الفلس والموت، فقال: «إذا فلس المشتري أو ماتَ فصاحب المتاع أحق بمتاعه»[1].

وهذا أيضاً طعن فيه أصحابنا بكون ابن أبي ذئب انفرد بروايته دون غيره من الأئمة الذين رووا الحديث، والإنفراد يوهن النقل عند المحدثين. ولكن لهم أيضاً أن يقولوا في رواية عبد الرزاق المسند لحديث الموطأ عن أبي بكر عن أبي هريرة أن عبد الرزاق انفرد بإسناده دون غيره من الأئمة الذين رووا الحديث عن مالك وسمعوا منه موطأه ولكن إذا سلكنا طريق الترجيح فرواية مالك مقدمة على رواية غيره، لأنه اشتهر القول من الأئمة: إن ما بعد كتاب الله أصح من

---

(1) هكذا الحديث بسنده ومتنه، ونصه في كتاب معرفة السنن والآثار للبيهقي: ((أنا ابن أبي فديك عن ابن أبي ذئب ثنى أبو المعتمر عن ابن خلَدْة الزرقي أنه قال: جئنا أبا هريرة في صاحب لنا قد أفلس، فقال الذي قضى فيه رسول الله ﷺ: «أيّما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه» انظر: معرفة السنن والآثار: ٤/ ٤٥٠ وما بعدها.

الموطأ، وهو إمام في الحديث، وروى عنه **الشافعي** الأحاديث واعتمد عليها.

وأما طريق النظر فإن **الشافعي** يقول: فإنا اتفقنا على أن البائع أحق بسلعته في الفلس، ولا فرق بين الفلس والموت، فيجب أن يكون أحق بسلعته أيضاً في الموت، ومن[1] ورث السلعة عنه (أعظم أبيه أن يحل محله ويستحق ما يستحق)[2]، فإن كان المشتري حياً وحكمنا لبائع السلعة إذا فلس المشتري[3] أحق بها، فكذلك يجب أن يكون أحق بها إذا مات وتركها، لأن ورثته يحلون محله وحقهم في المال على حقه.

وهذا القياس يعتمدون عليه، ويرون أن علة كون البائع أحق بسلعته في/ الفلس ما طرأ على ذمة المشتري من عيب وهو خراب الذمة وفقدها، وهذه العلة بعينها/ موجودة في موت المشتري.

وأصحابنا يجيبون عن هذا بأن تغليب أحد الضررين أصل في العلم عظيم، فإذا قضينا بكون البائع في فلس المشتري أحق بسلعته، فقد أبقينا لمن سواه من الغرماء ذمة يرجعون إليها، وتُرْجَى عمارتها في المستقبل، وملاؤها، ولا يلحقهم ضرر كثير، ويلحق البائع إن منع من سلعته ضرر أشدّ من ضررهم.

وهذا قد عكسه القوم علينا فقالوا: إذا كان الغرماء ـ وهم جماعة ـ لا يشاركون البائع في سلعته في الموت، وهم سواء (من أن يقضى من ديونهم شيء بذلك آكد)[4] في أن لا يقدم عليهم بائع السلعة لعظم ما يلحقهم من الضرر من كونهم لا يرجون قضاء ديونهم في المستقبل، ويرجون ذلك إذا كان المفلس حياً. وهذا لعمري يضعف الانفصال عن هذا الانعكاس، كما أن قول أصحابنا: إن السلعة إذا كان بائعها أحق بها في الفلس إذا بقيت على ملكه فلو تعلق بها

---

(1) في مـد: وقد.
(2) هكذا في النسختين.
(3) هكذا في النسختين. ولعل الصواب: [بأنه].
(4) ما بين القوسين، هكذا في النسختين، والأقرب: في أن.......... فتأكّد.

حق للغير فإن بيعها من حر[1] أسقط باتفاق تعلق حق البائع بها، ولكن له استرجاعها، فكذلك الوارث وقد تعلق له حق بالسلعة وانتقل الملك إليه، فيكون ذلك مانعاً للبائع من أخذ سلعته.

وهذا قياس مطلوب لأن الوارث انتقلت السلعة إليه بغير عوض بذله فيها بخلاف مشتريها بعوض. هذا أيضاً وقد لا يسلم انتقال الملك إلى الوارث إذا كانت التركة أحاطت بها الديون، لقوله تعالى في أحكام الميراث وبيان تفاصيله: ﴿**من بعد وصية يوصي بها أو دين**﴾[2]. فإنما حكم البنت بالنصف، ولكل واحد من الأبوين السدس بعد قضاء الدين والوصية. فجعل تمليكهم لما ترك الميت مشروطاً بعدم ديون تستغرق التركة فالأولى عندي الاعتماد على رواية **مالك** في **الموطأ** وترجيح نقله عن نقل غيره وأما الأقيسة فلا تكاد تسلم لنا من القوادح.

واعلم أيضاً أن بائع السلعة إنما يكون[3] بها إذا لم يكن في يد الشمتري ما يوفي ثمنها، ويجتمع الديون عليه كما قدمناه في وصف من يفلس ومن لا يفلس وأما الموت فنحن نقول: إنه لا يكون أحق بسلعته وأصحاب **الشافعي** يقولون: إنه أحق بسلعته. ولكن يشترطون أن يكون الميت لم يخلف وفاءً لما عليه من/ الديون. لكن الاصطخري انفرد من جماعتهم وذهب إلى أنه يكون أحق بسلعته في الموت، وإن خلف الميت ما يقضى منه ثمنها وما عليه من الديون، تعلقاً منه بقوله عليه السلام: «**إذا أفلس أو مات فهو أحق بمتاعه**» الحديث المتقدم. فتعلق بعموم قوله: «أو مات» ولم يشترط ﷺ أن يموت وعنده وفاء بما عليه أو ليس ذلك عنده.

وقال بعض أصحاب **الشافعي** إن في طرق الحديث اشتراط ألاَّ يخلف وفاء، فقال: هو أحق/ بسلعته ما لم يخلف وفاء. وأيضاً فإن كونه أحق بالسلعة معلوم أن علته خراب الذمة وما طرأ عليها من عيب نقص به البائع من ثمن

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أحد.

(2) سورة النساء، الآية: 11.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يكون [أحق] بها.

سلعته، فإذا كان يجد ثمنها بكماله فلا معنى ولا وجه يستحق به استرجاعها، كما لو كان المشتري حيّاً وقضاه ثمنها بكماله. واعتل الاصطخري بأنه إذا مُنع من سلعته فأُعطِي ثمنها فقد يطرأ غرماء آخرون ولم يعلم به[1] فيطلبونه باسترجاع بعض الثمن الذي قبَض بحسب ما توجبه المُحاصة. كما لو طرأ غريم لم يُعلم به على غرماء فإنه يرجع عليهم بما يوجبه الحصاص معهم. وهذا أيضاً من المجوَّزات التي يندر وقوعها، ولم يلتفت الشرع إلى مثلها، ولو التفت إليه لوجب أيضاً أن يحرم الولد ميراث أبيه لجواز أن يطرأ دين عليه يمنعه الميراث وهذا لا يصح أن يذهب إليه أحد.

ومما ينبني على ما نحن فيه مسألة خلاف بيننا وبين **الشافعي** فإنا نقول في المفلس إذا طلب أحد غرمائه أخذ سلعته بعينها، فقال الورثة أو الغرماء. نحن ندفع إليك الثمن بكماله ودعها. فإن من حقهم ذلك ويمنع البائع من ارتجاع عين سلعته، لأنا قدمنا أن علة كونه أحق بسلعته خراب الذمة، وما يطرأ عليه من نقض الثمن الذي باع به، وأخرج سلعته من يده على شريطة أن يوفى له به، فإذا مكن من الثمن على كماله ارتفعت العلة التي من أجلها كان أحق بذلك يزال[2] عنه الضرورة[2]، وانتفع الغرماء بتكثير ما يأخذون من ديونهم لجواز أن يكون في السلعة ربح فإن قضوا البائع الثمن بقي لهم الربح فتوفرت به ديونهم وانتقص عن المشتري بعض ما عليه من الديون.

وقال **الشافعي**: لا يمكن الغرماء ولا الورثة من ذلك بل البائع أحق بسلعته ولو دفع إليه الغرماء أو الورثة جميع الثمن، / تعلقاً بقوله عليه السلام: «**فهو أحق بمتاعه**» وهو محمول على عمومه ثم أيضاً يقول البائع: لا يلزمني قبول هذه المنة والهبة كما أني لو وهب لي أحد هبة فلم نقبلها فإني لا أجبر على قبولها، وكذلك لو تبرع إنسان بقضاء دين عن إنسان لم يجبر طالب الدين على

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بهم.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فزال ـ الضرر.

قبوله من غير من هو عليه عند **الشافعي**. وهكذا يقولون لو قامت الزوجة طالبة للطلاق لعدم النفقة فتبرع رجل بإجراء النفقة عن الزوج، فإنه لا يلزم المرأة قبول ذلك. وأيضاً بأن قد يطرأ غريم لم يعلموا به فيحاص هذا البائعَ في الثمن الذي أخذ على حسب ما قلناه.

ونحن لا نسلم له عموم هذا الحديث، ولا قوله: لا يجبر طالب دين على أخذه ممن يتبرع به وتطوع بقضائه عمّن هو عليه، إذا قصد بذلك التخفيف عمّن عليه الدين، ولم يقصد هبة من له الدين، على ما سنبسطه في موضعه إن شاء الله تعالى.

وأما قوله: فإنه يترقب ضرر البائع بأن يطرأ غريم فيحاص فيما أخذ من الثمن، فإنا لا نسلم له ذلك، ولا نجعل لهذا/ الغريم الطارىء مرجعاً على هذا البائع، لكونه أحق بسلعته، فكأنه إذا أُعِطي ثمنها كمبتدي بيعها بعد التفليس برضى الغرماء، فقد سلم عوضاً عن الثمن الذي أخذ فلا يشاركه فيه أحد.

فإن تقرر أن مذهبنا على الجملة إسقاط حق البائع فالظاهر من المذهب أن ذلك يسقط حقه في عين السلعة التي باعها من المفلس على الإطلاق، خلاف قول **الشافعي**: إن ذلك لا يسقط حقه. وقيل: إنما يسقط حقه في عين هذه السلعة إذا بذل له الغرماء ثمنها، إذا كان بذلهم إياه من مال غيرهم، وأما إن كان من مال أنفسهم كان ذلك لا يسقط حق البائع في عين سلعته ولا يجبر على قبول ذلك منهم. وإلى هذا ذهب **ابن كنانة**.

وقيل أيضاً: لا يسقط حق البائع في عين سلعته ولو بذل الغرماء الثمن من مال الغريم، إلاَّ بأن يتلزموا زيادة على الثمن الذي باعها به بائعها ولو درهم واحد، فيعطون ذلك من ديونهم التي على الغريم. فكأن من مكنهم من إسقاط حق البائع في عين سلعته إذا بذلوا الثمن ولو كان ذلك من أموالهم، وهو/ اختيار **ابن الماجشون**، أن البائع إنما جعل الشرع له حقاً في عين السلعة لأجل ما يلحقه من الضرر من انتقاص الثمن الذي باع به، فإذا وصل إليه على الكمال

لم يكن له في عين السلعة مقال.

وهذا التعليل يستوى فيه كون المال الذي بذلوا للبائع من مال غريمهم أو من مال أنفسهم، لا سيما على أصل مذهبنا الذي قدمنا فيمن تبرع بقضاء دين عن رجل، فإن صاحب الدين يجبر على أخذه منه سواء كان من يتبرع بقضائه فعل ذلك بأمر من عليه الدين أو بغير أمره.

وكأن ابن كنانة رأى بذل الثمن إذا كان من مال أنفسهم صاروا كالمسقطين حقه في عين سلعته[1] ملكها[1] الشرع إياها وليس ذلك من حقهم، كما ليس من حق رجل أن يشتري سلعة رجل بغير اختياره.

فإذا كان البدل من مال غريمهم، فإنهم قدموا هذا الغريم الذي هو البائع بأن يستوفي دينه من مال غريمه الذي باع السلعة منه ويبقون هم على مطالبة الغريم بما لهم في ذمته أيسر، وتصير، زياده على ما ينوب هذا البائع في الحصاص، تفضيلاً لهذا الغريم على أنفسهم، وذلك لا يمنعون منه.

وكأن أشهب رأى في المبيح لهم ذلك منفعة ترجع إلى الغريم متيقنة له في الحال، ولا يحصل ذلك إلا بأن يزيدوا على الثمن بزيادة يسقطونها من دينهم على الغريم، وتبرأ ذمته منها الآن.

وأما منفعة الغريم فلا يتحقق الآن حصولها، مثل أن يرجى في السلعة إذا أخروها وباعوها زيادةٌ في الثمن، فإن في ذلك تجويز أن يخسر فيها أو تهلك عينها فيعود ذلك إضراراً بالغريم، لا سيما على أصل من قال: إن النماء في هذه السلعة التي افتكوها من بائعها من غريمهم مستحقة للغريم إن كان ربحاً أو مستحقة عليه/ إن كانت خسارة.

وإلى هذا ذهب أشهب فقال: لا يجبر بائع السلعة على إسقاط حقه في عين سلعته إلا بأن يزيد الغرماء زيادة على الثمن يحطونها من ديونهم على الغريم.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: سلعةٍ ملَّكَهُ..

قال: ويكون النّماء والتَّوى عليهم.

وأما **ابن القاسم** فإنه ذهب إلى أن الربح والنماء للغريم والخسارة عليهم.

وذهب **ابن الماجشون** إلى أن الربح والنماء للغريم والخسارة على الغرماء.

فتلخص/ من هذا أن تمكين الغرماء من أخذ السلعة بدفع ثمنها لبائعها على الكمال فيه ثلاثة أقوال في المذهب:

أحدها: تمكينهم من من ذلك على الإطلاق.

والثاني: تمكينهم بشرط أن يكون البدل من غريمهم لا من مال أنفسهم.

والثالث: أن يكون البدل بشرط زيادة على الثمن يحطون مقدار ذلك عن الغريم من ديونهم.

وكذلك في الخسارة في هذه السلعة والربح ثلاثة أقوال:

أحدها: أن ذلك من الغريم.

والثاني: أنه من الغرماء.

والثالث: أن الربح للغريم والخسارة على الغرماء.

فكأن **ابن القاسم** الذي ذهب إلى أن الربح والخسارة على الغريم، يقول: قد كان ضمانها من الغريم من حين شرائه لها إلى أن قام الغرماء عليه، فإذا بذلوا الثمن رجاء ربح يزيد في مال غريمهم لم يمنعوا من ذلك لأن فيه منفعة للغريم ولهم.

وكأن من يقول: ضمانها منهم، يرى أن في هذا إضرارًا بالغريم لأن السلعة إذا أخذها بائعها برىء الغريم من خسارتها وهلاك عينها، فإذا أراد الغرماء أن يمنعوا بائعها من أخذها الذي فيه براءة مشتريها ألحقوا بمشتريها، وهو غريمهم، ضرراً في ذلك.

وكأن **ابن الماجشون** يرى أن الربح إذا حصل وقضي به للغريم لأجل أنهم أخذوها لمنفعة، فإن كان فيها ربح كشف الغيب أمْن مشتريها من الضرر، وإن

وهكذا صرح **أصبغ** عن نفسه بأن الغرماء يكونون أحق بها[1] وزنوا من فدائها في الذي باعوها به. وإنما يضرب بائع السلعة الذي فديت منه في ربحها وفيما سوى ذلك من مال الغريم. فكأن **ابن المواز** أشار إلى أن إطلاق **مالك** **وابن القاسم** المراد به ما قال **أصبغ**.

وكان بعض الأشياخ أبقى الكلام على ظاهره وأجراه على حقيقته، لأن قوله: يضرب في ثمنها، لا يصرف إلى الربح الذي حصل فيها إلا عن تجوز وتعسّف في الكلام.

وأكد هذا عن بعض الأشياخ أن **ابن القاسم وأشهب** اختلفا فيمن وكل رجلاً على أن يشتري له سلعة ويسلفه ثمنها، ففعل الوكيل، ثم أراد حبسها حتى يأخذ من الذي وكله ثمنها الذي أسلفه.

فإن **ابن القاسم** لم يمكنه من ذلك، ولا جعله من حقه، ورأى أن السلع إنما تحبس بأن ترهن في دينٍ، [2]الموكِّل لم يقصد جعلها في يد الوكيل هنا بما أسلفه من ثمنها، ولا الوكيل هو بائعها فيكون من حقه أن يحبسها حتى يأخذ ثمنها.

وكأن **أشهب** رأى أن يد الوكيل كيد الموكل، ولو باشر الموكل الشراء لكان من حق بائع السلعة أن يمسكها حتى يدفع إليه ثمنها، والوكيل الذي اشتراها/ يحل محل بائعها، فكان من حقه أيضاً أن يحبسها حتى يأخذ ثمنها. فكذلك هذه المسألة لما استحق بائعها عينها، وفاداها منه الغرماء بثمنها، ينبغي أن يختلف فيهم: هل يتسحقون من ثمنها مقدار ما فدوها به ويحلون في ذلك محل البائع الذي فدوها منه؟ فكان من حقه أن يأخذ عينها ويبطل حق سائر الغرماء فيها، ولا يكون[3] يحلون محل البائع الذي استحق عينها وفدوها منه،

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بما.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: إضافة واو العطف فيصير: [و]الموكَّل.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حذف يكون.

ويصير كمن أسلف الغريم مالاً فلا يستبدون بثمن[1] من ماله دون غيرهم من الغرماء، كمن لم يسلفه.

وعندي أنّا إذا قلنا: إن الضمان منه والربح لهم، كما حكيناه عن **أشهب**، وجب أن يكونوا أحق (من ثمنها)[2] بما فدوها به، وتتنزل منزلة سلعة اشتروها فلا يشاركهم فيها غيرهم ممن لم يشترها. وإذا قيل: إن الضمان من الغريم والربح له والخسارة عليه، فقد يتصور ها هنا ألاّ يكونوا أحق بثمنها الذي فدوها به، وكأنها/ تباع على ملك غريمه.

وقد اختلف المذهب على قولين فيمن له دين على رجل فأحاله بدينه على غريم له باع منه سلعة، ففلس مشتري السلعة المحال عليه. فقيل: يكون المحال أحق بعين السلعة المبيعة من المفلس الذي أحيل عليه بثمنها، لأن المحال إنما يطلب ثمنها كالنائب عمن أحاله بمالَهُ عليه من دين، فلما كان المحيل الذي باعها لو لم يُحِل بثمنها أحداً، ففلس مشتريها منه، فإنه يكون أحق بعينها من سائر غرماء المفلس، فكذلك من صار إليه من ثمنها من جهته وهو المحيل الذي أحيل على ثمنها. وهذا اختيار **ابن المواز**.

وقال **أصبغ**: لا يكون هذا المحال أحق بعين السلعة، ولا يحل محل بائعها الذي أحاله في استحقاق عينها عند المفلس، وهذا يلاحظ ما حكيناه عن بعض الأشياخ من إجراء ما قد بنيناه على مسألة الوكيل: هل له أن يحبس ما اشتراه عن موكله أم لا؟ ولكن هذه المسألة ترتبط بأصل آخر، وذلك أنه اختلف عندنا في الحوالة: هل ناحيتها ناحية البيع أو ناحية المعروف، على ما يرد في كتاب الحوالة إن شاء الله تعالى. فلو أن من له ثمن/ هذه السلعة باع ثمنها الذي هو له على مشتريها بما يجوز بيعه، ففلس مشتريها، لم يكن أحق بثمن السلعة المبيعة، لأنه إنما وصل إلى ملك ثمنها في ذمّة مشتريها بمعاوضة، فليس هو

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بشيء.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بثمنها.

كالنائب عمّن أحاله. ولو تصدق بائعها بثمنها على رجل (فليس)[1] مشتريها فإن المتصدق عليه أحق بعينها، لأن الصدقة معروف والمتصدق أحاله محل نفسه. فإذا قلنا: إن الحوالة كالبيع لم يكن المحال أحق بعين السلعة. (وإن قلنا: طريقها المعروف [2]فكان أحق بعين السلعة)[3]، كما بيناه من أن مشتري هذا لا يكون أحق بعين السلعة لأجل ما قدمناه.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

قد تقرر أن مشتري السلعة إذا فلس، وكانت قائمة بيد مشتريها، إن ربها الذي باعها أولى بعينها من غيره من الغرماء. فإن أخرجها من يده ببيع بتل لا خيار فيه فقد سقط حق بائعها في استحقاق عينها لما فلس مشتريها، لكون المفلس الذي اشتراها باعها وهو يملك التصرف فيها قبل أن يفلس، فلا يصح أن يرد عقد مشتريها فيها لأمر حدث بعد العقد وهو التفليس. هذا إذا أزال مشتري السلعة ملكه عنها، فإن لم يزِلْه ولكنْ علق به لغيره حقّاً في عينها، مثل أن يكون اشترى عبداً فرهنه عند غيره، ثم فلس، فإن الذي في يده هذه السلعة رهناً أَوْلَى بها من بائعها ومن غيره من غرمائه، لأجل ما ذكرناه من كونه تصرف فيها بالارتهان تصرفاً كان من حقه، فلا يُبطل ذلك ما حدث بعده من الحجر عليه. لكن لغرمائه أن يدفعوا ثمن هذه السلعة المرتهنة لبائعها حتى يسقط حقه في عينها على ما قدمناه من كون الغرماء إذا بذلوا ثمن سلعة اشتراها المفلس سقط حق بائعها في أخذ عينها، وقد تقدم ذلك، وذكْرُ مخالفة **الشافعي** فيه، واختلاف أصحابنا.

فإذا دفعوا له الثمن بكماله وسقط حقه، حلّوا محلّ مشتريها الذي أرهنها، فإذا دفعوا أيضاً ما هي فيه رهن لمن هيَ بيده سقط حقه في كونها رهناً، إذا كانت رهناً بما للراهن تعجيله من الحقوق.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وفلّس.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حذف الفاء.

(3) ما بين القوسين ساقط من المدنية.

وإن لم يبذلوا كان لبائعها أن يفتكها/ من يد من هي في يده رهناً، فإذا افتكها استحق عينها، لأنها عادت بعد الفكاك كأنها لم ترهن، وهي سلعة بعينها وجدها في يد المفلس. لكنه من حقه أن يحاصّ غرماء المفلس بما دفعه في فكاكها، لأنه صار له ذلك ديناً على المفلس حل فيه محل من كانت رهناً بيده، أخذ من ثمنها ما هي به عنده رهن، وما فضل من الثمن تحاصّ فيه سائر الغرماء، على ما تقدم بيانه في أحكام الحصاص.

وقال **الشافعي**: إن هذا الرهن إذا كانت فيه فضلة عن دين من بيده الرهن كانت هذه الفضلة للمشتري الذي رهنها يأخذ من سلعته التي كانت رهناً مقدار ما فضل من دين من هي بيده رهن من عين السلعة المبيعة. ولما كان، عنده، أحق بجميعها إذا لم تكن مرتهنة ووجدت بيد المفلس، فكذلك هو أحق بعين بعضها الذي فضل عمّا بيع في الدين الذي هي به رهن. وسنتكلم على مذهبنا في هذا الأصل إن شاء الله تعالى فيما بعد.

فلو كان عبداً فجنى عند مشتريه، فإن للبائع أن يفتكه من المجني عليه بأرش الجناية، ويستحق عين العبدالمبيع لكونه لمّا فداه كأنه لم يجن، وعاد إلى يد مشتريه، فيكون بائعه أحق به، لكنه لا يحاص سائر الغرماء بما فداه به من أرش الجناية، بخلاف ما فداه به من يد مرتهنه لكون هذا العيب طرأ على رقبة العبد. وسنتكلم على تعيين[1] العين المبيعة بعيب وغيره.

ومما يلحق بما نحن فيه كون مشتري السلعة دفعا[2] إلى صباغ يصبغها، فصبغها الصباغ، وهي بيده، ولم يأخذ إجارتها من دافعها إليه حتى فلس، فإن **أشهب** ذهب إلى أن للبائع أن يفديها من يد الصباغ بالأجرة التي عاقده عليها المشتري لهذه السلعة التي[3] فلس، ثم يتحاص غرماء المشتري بما دفعه

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: تعْييب.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: دفَعها.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الذي.

للصباغ، ويستحق[1] أخذ سلعته التي باعها وصبغها مشتريها. وحمل على **أشهب** أن هذا القول منه إشارة إلى كون الصباغ يكون للمفلس أن يشاركه به في السلعة التي اشتراها.

وهذا التأويل عليه يبعده ما قدمناه / من ذكر الأصل الذي تبنى عليه هذه المسألة وغيرها. فإنا قدمنا أن مذهبه أن من فدى سلعة أو اشتراها فإنه يحل محل من فداها منها[2] أو اشتراها، وله إمساكها حتى يقبض ما جعلها[3] به من يد من كانت السلعة في يده. فهكذا يجب ألا يحاص بما دفع للصباغ من أجرة بل يكون / أولى بما قابل ثمن الصباغ من ثمن هذه السلعة حتى يقبض ما فداها به هذا البائع من يد الصباغ.

وقال **ابن المواز** لا يحاص بائع السلعة غرماء المشتري بما دفع من أجرة الصباغ.

واستبعد هذا بعض الأشياخ، وأشار إلى حمله على أن هذا الفداء لا منفعة فيه للمشتري ولا لغرمائه، ولا فائدة لهم فيه ولا ربح، فلا يحاصهم بشيء تطوّعَ به ليست فيه فائدة للغرماء ولا لمن لهم عليه الدين. على أن مقتضى أصله أيضاً ما ذكرناه عن **أشهب** من أن من فدى شيئاً كان أحق به حتى يأخذ ما فداه به، فلعل **ابن المواز** أشار بقوله إنه لا يحاص بالأجرة التي دفعها للصباغ، إلى هذا المعنى، وهو أنه يأخذ ما دفع من قيمة الصِّباغ إذا بيعت السلعة، لاسيما على أحد الأقوال التي قدمنا من أن الغرماء إذا دفعوا لبائع السلعة ثمنها كانت الخسارة عليهم دون الغريم، لكونهم إنما يباح لهم فعل ما ينمي ما لهم دون ما ينقصه وينتقصون به من دينهم حتى يرجون[4] إلى مطالبته به إذا أيسر.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يستحقون.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: منه.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فداها.

(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يرجعون.

ومن هذا الأسلوب ما قيل في شقص من دار بيع وله شفيع يستحق الشفعة، فلم يقم بها، ولا علم باستحقاقه لها حتى فلّس المشتري، فقام البائع طلباً لهذا الشقص من يد المفلس، لقوله عليه السلام: «**إذا وجد البائع متاعه عند المفلس فهو أحق به**»[1] **فقام الشفيع يطلب هذا الشقص لقوله عليه السلام: «الشفعة فيما لم يقسم»[2] فتزاحم الحقان في عين هذا الشقص المبيع[3] وحق البائع، لأجل تعذر استيفاء الثمن الذي له من المشتري.**

فمن العلماء من ذهب إلى أن حق الشفيع مقدم في هذا الشقص المبيع لكون حقه المتعلق بهذا الشقص سبق حق البائع لأن الشفعة وجبت له ساعة العقد للبيع في هذا الشقص، فقد كان المشتري[4] الذي باعه له فيه التصرف بالمعاوضة وحين / تصرف فيه بهذه المعاوضة وجب للشفيع أخذه من يد مشتريه، وفلس المشتري والحجر عليه بعد ثبوت فلسه أمر ثبت ووجب للبائع بعد أن وجب الحق لغيره وهو الشفيع، فلا يبطل حق[5] تقدم واستقر وجوبه حدوثُ سبب يوجب حقاً لغير من استحق الأول. وأيضاً، فإنه إذا تزاحم الحقان، ولم يقدّر سبق أحدهما الآخر، رُجّح بينهما فقُدّم أقواهما، وحق الشفيع في استحقاق المبيع آكد من حق البائع المستحق لأجل تفليس المشتري منه، بدليل أن هذا الشقص المبيع لو تداولته الأملاك[6] بيع مرة بعد مرة والشفيع لم يعلم لكان للشفيع نقض البياعات وأخذ الشفعة بالبيع الأول[7] أخذها بما شاء من البياعات الحادثة بعد البيع الأول. والمشتري إذا باع ثم فلس سقط حق

---

(1) سبق تخريجه.
(2) الهداية في تخريج أحاديث البداية 7/538.
(3) هكذا في النسختين، والظاهر أنه سقط منهما: حق الشفيع.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: المشترى.
(5) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حقًّا.
(6) هكذا في النسختين، والأوضح إضافة: بأنْ.
(7) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أو.

البائع ولم يقدر باتفاق على نقض بيع المشتري ممن اشترى منه. وهذا يشعر بأن حق الشفيع آكد من حق البائع ولو لم يسبق أَحَدُ الحقين الآخر، (وكيف يحق للشفيع وقد / سبق؟)[1] وهذان ترجيحان يجب لأجلهما أن يكون هذا الشقص الشفيع أولى به من البائع.

ومن قال: إن البائع أولى من الشفيع لكون الشفعة وجبت لنفي الضرر، ولا ينبغي أن يُنْفى ضرر عن الشفيع بإثبات ضرر على البائع.

وهذا المذهب ضعيف لأجل ما قدمناه مما رجحنا به المذهب الذي ذكرناه.

ومن الناس من التفت إلى العدل بين هذين الضررين والموازنة بينهما، بأن يقال: يقضى للشفيع بأخذ عين الشقص المبيع، ويدفع إلى بائع الشقص الثمن الذي يؤخذ من الشفعة، فيُنْفَى الضرر اللاحق بسوء المشاركة عن الشفيع بأخذ عين الشقص المبيع، وينفى عن البائع الضرر بإيصال ثمنه إليه.

وإلى هذا ذهب **أشهب** في **كتاب ابن المواز**.

وهذا لا يصعب النظر فيه على أصل مذهبنا أن البائع إذا وصل إليه جميع ثمنه فإنه لا مقال له في أخذ عين سلعته، على ما كنّا قدمنا من المشهور بين[2] مذهبنا. وها هنا وصل إليه جميع الثمن بكماله، لأن الشفيع يدفع إليه الثمن الذي باعه هو به ممن اشتراه منه. ومن أصلنا أن من تبرع / بقضاء دين عن رجل لم يكن لمن له الدين الامتناع من أخذه على ما قدمناه.

وإنما يحتاج إلى النظر في هذا على أصل **الشافعي** القائل بأنه لا يمكّن الغرماء من دفع الثمن إلى بائع السلعة إذا وقع التفليس. فها هنا اختلفوا على المذاهب التي ذكرناها، وذكروا فيها الثلاثة أوجه. ولكن هذا لو قيل: إن الشفيع إذادفع الثمن لم يكن البائع أولى به بل يحاص الغرماء فيه. وأما إذا قلنا: إنه

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: كيف وحق الشفيع قد سَبَقَ.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: مِن.

أوْلى به لأنه ثمن عين سلعته، والغرماء لا حق لهم في عين السلعة، وإنما الحق فيها متردد بين الشفيع[1] البائع السلعة، وأن الظن[2] يقتضي تمكين الشفيع لكون حقه سبق تفليس المشتري للسلعة. وإذا دفع الثمن كان بائع السلعة أحقَّ به، لأنه لولا الشفيع لاستحق عينها دون الغرماء، فإذا قدم الشفيع في أخذ العين، قدم البائع في أخذ عوضها الذي هو ثمن السلعة التي لولا الشفيع لكان أحق بها.

وقد قال ابن القاسم في من أصدق عبدين، ففلست المرأة وطلقها الزوج قبل البناء: إنه يرجع شريكاً في العبدين وإنه لما طلق فكأنه استحق نصف العبدين حين دفعهما للزوجة.

وللشافعية قولان: لو كان أصدقها شقصاً ففلست فطلقها قبل البناء: هل يكون الشفيع أحق بهذا الشقص، وكأنه وجبت له الشفعة قبل طلاق الزوجة، أو يكون الزوج أحق لكونه لما طلق كان نصف هذا الشقص على ملكه لم يَزَلْ من حين العقد إلى أن طلق. وهذا الأصل مختلف فيه عندنا.

وقد اختلف في الغلة هل تكون، إذا وقع الطلاق قبل البناء، للزوجة جميعاً، أو تكون بين الزوجين؟

وينبغي أن يلتفت في هذه المسألة إلى الخلاف في أصل آخر، وهو الأخذ بالشفعة هل يجري مجرى الاستحقاق أو مجرى ابتداء بيع؟ فإن جرى مجرى الاستحقاق وترجح[3] / في ذلك حق الشفيع.

ويلتفت فيها إلى أصل آخر وهو عقد الخيار، فالترقُّبات إذا وقعت هل تقدر من حين إمضائها ورفع الخيار فيها، أو تقدر أنها لم تزل منعقدة قبل إمضاء الخيار؟ فإذا قدر اختيار / الشفيع لأخذ الشقص لما علم بوجوب الشفعة له كأنه لم يزل آخذاً له من حين عقد فيه البيع فإن ذلك يترجح به حقه أيضاً.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة: الواو.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: النظر.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حذف الواو.

وقد اختلف المذهب عندنا على قولين في هذا، وعليه خرجنا مسائل في كتاب البيوع.

وعلى هذا اختلف الناس في مشتري السلعة على خيار إذا فلس قبل قطع الخيار: هل للغرماء أن يمنعوه من إمضاء البيع إذا كان ذلك من سوء النظر لهم، أو من فسخه إذا كان من سوء النظر لهم، بناء على أن من قطع الخيار بالإمضاء أو الرد فيه ينفذ البيع أو الفسخ فيكون المفلس كمستأنف عقد بعد الحجر عليه، فيكون للغرماء ما تعقبه، أو يقدر إمضاء العقد أو فسخه لم يزل من حين عقد الخيار فيكون الإمضاء والفسخ سبقا التفليس والحجر، فلا يكون للغرماء فيه مقال.

وقد قال في **المدونة**: إن من وهب هبة وفاتت في يد الموهوب بتغيرٍ بدنٍ، فإن الواهب يكون أحق بعينها في الفلس خاصة لكون ذلك كالبيع بثمن ثابت في ذمة المشتري، فكذلك القيمة إذا ثبتت في هبة الثواب.

وقال بعض الأشياخ: لو لم تفت الهبة ولم تلزم قيمتها فإن البائع يكون أحق بها في الفلس والموت لما كان الموهوب له بالخيار بين أن يقبلها أو يردها فكأنها لم ينعقد فيها بيع حتى فلس أو مات قبل أن تلزم القيمة التي كان بالخيار في التزامها.

والسؤال عن الجواب الثالث أن يقال:

الملك ينتقل في[1] يد مالكه على ثلاثة أنحاء: هبة وقرض وبيع.

1 ـ فأما انتقاله على جهة الهبة، التي لا تقصد مكافأة عنها، فلا مدخل له ها هنا لأن الواهب لم يستحق عوضا عن سلعته التي وهب فتعذر عليه فيكون[2] له استرجاع الهبة.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: مِن.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أنْ يكون.

وأما إن كانت هبة طلباً للمكافأة فحكمها حكم البيع، وقد ذكرنا ما قيل فيها.

2 ـ وإن انتقل الملك بعوض على جهة المتاجرة والمعاملة فبائع السلعة أحق بها في الفلس عندنا، وعند **الشافعي** كما تقدم.

3 ـ وإن كان الملك انتقل عن جهة القرض والسلف ففي ذلك قولان:
أحدهما: أن المتسلف / للسلعة إذا فلس لا يكون الذي أسلفه إياها أحق بها إذا فلس من تسلفها. هكذا ذكر في «**كتاب ابن المواز**». وقد قال فيه: لا يكون أحق سواء قبض السلف أو لم يقبض لأن الحديث إنما ورد في البيع.

وقوله: أولم يقبض؛ قد يسبق إلى النفس اعتراضه لأن من في يده سلعة لم يسلمها فهو أحق بها في الفلس والموت. لكن القرض لما كان إلى أجل، على مقتضى العادة في القرض، صار من حق المستسلف أن يطالب المسلف بالتسليم فلا يكون له حبس ما أسلف / . وإذا لم يكن له حبسه لم يكن أحق به ولو قيل: له الرجوع في ذلك، وإن لم ينتفع المتسلف بذلك، كما قيل في من أعار أرضاً فإن له الرجوع في ذلك إذا لم يؤجل كان ها هنا قد يتصور كأنه أحق لكونه يستحق الرجوع. هذا إذا قيل: إن معير الأرض يرجع وإن لم ينتفع المستعير أصلاً. وهذا ممّا ينظر فيه، ويبسط في موضعه إن شاء الله تعالى.

وقال **الأصيلي**: بل يكون أحق بها كما يكون أحق بها في البيع. فأجراها **الأصيلي** مجرى عقود المعاوضة. وأيضاً، فإن في أكثر الروايات: إذا وجد متاعه بعينه فهو أحق به، على ما قدمناه لما ذكرنا نصوص الأحاديث في هذا. ولم يفرق في هذه الرواية بين أن يكون متاعه دفعه قرضاً أو دفعه بيعاً. وأيضاً، فإن طريق القرض المعروف والإحسان، فكأنه لم يقصد المعاملة على ذمة فخربت وافتقرت، فيكون ذلك عيباً يوجب له ارتجاع عين سلعته.

وكأن من ذهب إلى المشهور في المذهب من كونه إنما يكون أحق في

البيع خاصة، ورأى أن في الرواية الصحيحة من **الموطأ** وكتاب **مسلم** أن البائع أحق فخص هذا الحكم البيع[1]، فيبقى ما سواه على مقتضى القياس. وقد كنّا قدمنا الإشارة إلى أن مذهب **أبي حنيفة** أنه لا يكون أحق في الفلس ولا في الموت. هو القياس؛ وإنما عدلنا عنه لأجل الآثار المروية التي قدمناها، لأن الصحيح عندنا أن خبر الواحد مقدَّم على القياس، لاسيما أن المتسلف لو أراد أن يرد السلعة التي أقرضها بعينها لم يكن لصاحبها أن يمتنع من ذلك، بخلاف لو كانت بيعاً. وهذا يشعر بأنه لم يكن القصد المعاملة له على ذمة فخربت ولحقها عيب.

وإذا قلنا: إنه يكون أحق بسلعته في الفلس، فإنما ذلك إذا كانت عروضاً أو غيرها مما ليس من أعيان النقود كالدنانير والدراهم. فإن كان المطلوب في الفلس (ارتجاع دنانير أو دراهم ففيها قولان:

1 ـ ذهب **ابن القاسم** إلى أنها في الفلس)[2] يستحق دافعها / عينها وإن كانت ثمناً، كما يستحق أيضاً البائع عين سلعته إذا فلس مشتريها، فهكذا يستحق المشتري عين دنانيره أو دراهمه إذا فلس قابضهاوانتقض البيع. فقاس الثمن على المثمون. وروى **أشهب** في **الموازية** أنه لا يكون أحق، وأن الثمن في هذا بخلاف المثمون. والأحاديث إنما ذكر فيها «إذا وجد سلعته، أو وجد متاعه» والدنانير والدراهم لا تنطلق عليها هذه التسمية في عرف الخطاب، فلم تدخل في الأحاديث الواردة.

وينبني هذا الخلاف على أصل معروف فيه الخلاف عندنا وهو: هل تتعين الدنانير والدراهم كما تتعين العروض أو لا تتعين؟

فإن قلنا: إنها تتعين، ترجّح القول بأنها تُستَحَق عند الفلس.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بالبيع.

(2) ما بين القوسين ساقط من المدينة.

وإن قلنا: لا تتعين، صار وجود عينها لا يفيد لما كان لقابضها أن يعطي بدلاً مثلها. فكأنها لأجل ذلك كسلعة فاتت في يد مشتريها.

ومن شرط / هذه المسألة صحة الشهادة بأنها عين الدراهم بأن تكون البينة لم تفارق قابضها ولم يشترط ذلك في كتاب الغصْب.

ومن الأشياخ من أخذ كل واحدة من المسألتين على ظاهرها. وقال لما كان الغاصب ظالماً ينبغي أن يحمل عليه لم يثقل عن المغصوب له في الشهادة بأن تكون البينة لم تفارق الغاصب.

وأما مسألة التفليس لم يكن قابضها ظالماً فثقل عليه في تصحيح الشهادة. وهذا ضعيف وإنما الأولى أن يسلم للشهود ما شهدوا به. ومتى أيقنوا وهم من اليقظة والحذق بحيث لا يؤتي عليهم، قبلت شهادتهم. وقد يطلعون على قرائن الأحوال أو تكون لهم علامات في الدنانير والدراهم يتحققون بها أنها هي التي رأوها فيما قبل وإن غابت عن أبصارهم. وبالجملة فالغالب فيما لا علامة لهم فيه أنهم لا يعرفونه إذا غاب عنهم وأمكن إبدالها.

فإذا تقرر هذا فلو باع منه بدراهم فخلطها قابضها، وعلم الشهود أنها هي التي خلطت بدراهم قابضها، فإن **ابن القاسم** يجعل دافعها أحق بها في الفلس. ولا يكون خلطها بمثلها مانعاً له من أخذ ما دفعه بالقسمة لهذه الدراهم. وكذلك لو كان زيتاً أو عسلاً وما في معنى ذلك من المائعات التي لا تتعين / فإنه لا يمنع خلطه بزيت آخر أو عسل آخر مثله سواء في الهبة[1] أن يقسم ويأخذ دافعه عند الفلس ما دفع، لأنا وإن قلنا: إن القسمة بيع من البيوع، فهذا الذي هو أخذه هو بعينه عوض ما صار لصاحبه مما خلطه به، فإذا كان أحق بعين الشيء كان أحق بعوضه بعينه.

وإن قلنا: إن القسمة تمييز حق، فذلك أوضح في كونه أحق بما دفع،

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: في الهيئة.

لأن ما أخرجته القسمة كأنه دفع ما دفع لم تقع فيه معاوضة. وهذا إذا خلط الشيء بمثله.

وأما إن خلطه بجنس آخر، كمن باع زيت زيتون فخلطه مشتريه بزيت فجعل عنده، ثم فلس المشتري، فإن أصبغ قال لا يكون بائع الزيت أحق به، ورأى أن الزيتين متباينان ولا يتميز أحدهما من الآخر صار ذلك كالفوت؛ ولمن[1] اشترى سلعة فأفاتها فإن بائعها يحاصّ الغرماء بثمنها، وطرد أصبغ هذا الأصل، قال: وكذلك لو خلط قمحاً نقياً بمغلوث أو بقمح مسوّس حتى أفسده، فإن ذلك فوت أيضاً.

ورأى بعض الأشياخ أن خلط القمح النقي بالمغلوث والجديد بالمسوس، لا يمنع البائع من كونه أولى بما باع بعد أن يقوّم الخليط، ويكون بائع السلعة أحق بما يصير له من القيمة.

وأجرى على المسألة المشهورة إذا اختلط شعير بقمح أو زيت برزيت بربيق فإن ذلك من استحقاق العين بعد التقويم، على ما ذكر في الروايات، فيما يستحق، مما سنبسطه في موضعه إن شاء الله تعالى.

وأمّا **الشافعي** فإنه رأى إنْ خلط زيتاً اشتراه بزيت أجود منه، مثل أن يكون الذي اشتراه يساوي قفيزاً بدرهمين والذي خلط به يساوي قفيزاً بأربعة دراهم فإنه / ذكر قولين:

فإذا قلنا: إن ذلك كالفوت فلا تفريع على هذا. وإن قلنا: إن ذلك ليس بفوت، فظاهر كلامه يقتضي أن يكون شريكاً بالقيمة في عين الزيت.

وتأول بعض أصحابه عليه أن يكون شريكاً في عين الزيت، لما يوقع ذلك فيه من التفاضل. وأما إن خلطه بأدنى منه، فإن أصحابه متفقون، إلاّ من شذّ منهم، أنه من حقه أن يأخذ المكيلة التي باع من هذاالزيت المختلط، لأنه يأخذ

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: مَن.

أقل من حقه، فقد / باع قفيزاً طيباً فأخذ قفيزاً دونه، ولبائع السلعة أن يأخذها بعينها وإن نقصت.

ومما يلحق بما حكاه العقود لو اشترى سلعة ثم باعها ثم فلس، فقام بائعها في طلب الثمن، فإنه إنما يجب له محاصة الغرماء بالثمن، لأنه لم يجد عين سلعته في يد مشتريها. لكن إذا حكم بالمحاصة وأخذ ما صار له من مال الغريم، ثم ردها مشتريها الثاني بعيب فيها، فإن المذهب انتقاض ما سبق من المحاصّة ورد السلعة إلى يد المفلس ليأخذها البائع منه، وكأن يد[1] مشتريها الثاني لها كشف أن البيع لم ينعقد فيها لما ردت بالعيب، ويقدر أنها لم تخرج من يد مشتريهاالأول، وإذا كانت لم تخرج من يده فلا شك أن بائعها أحق بعينها، فإذا استحق العين رد على الغرماء ما أخذ منهم في المحاصة.

وقد قيل في مثل هذا: إن الحكم إذا وقع لم ينقض. وذلك أن **ابن حبيب** ذكر فيمن اشترى سلعة ثم باعها ولم يعلم بعيب فيها، فبعد البيع أعلم به، أخذ قيمته لكونه لا يمكنه رد السلعة بعينها. فبعد أن أخذ قيمة العيب ردها مشتريها منه بالعيب، فإنه لا يرد على بائعها ما أخذ منه من قيمة العيب ولا يصير كسلعة لم تبع اطلع فيها على عيب، فالحكم أن المشتري مخير بين أن يقبلها بعينها ولا يأخذ من الثمن شيئاً، أو يردها ويأخذ الثمن لمنع **ابن حبيب** من ردها، وقال: ذلك حكم مضى، يأخذ قيمة العيب، فلا ينقض. وإذا رجعت السلعة إلى يد بائعها الثاني فكذا ينبغي إذا حكم بالحصاص لا ينتقض به أيضاً. وهذا يلتفت فيه إلى كون الردّ بالعيب هل يكون نقضاً له من أصله حتى كأنه لم يقع فيه عقد، أو يقدر كأنه ابتداء مبايعة الآن لما رد بالعيب. فإن قلنا: أنه نقض للبيع من أصله، تأكد ما قيل في مسألة المحاصة إنها تنتقض. وإن قلنا: إنه كابتداء بيع تأكد القول المخرج بأنها لاتنقض. على هذا لو اشترى سلعة ودفع ثمنها ثم اطلع على عيب وقد فلس بائعها فقضي له بالردّ فإنه إذا ردّ ووجد الثمن الذي دفعه

(1) هكذا، ولعل الصواب: رَدّ.

للبائع قد فات فإنه يحاص بالثمن. وإن وجده باقياً بعينه / وهو عرض كان أحق بعينه وإن كان دنانير أو دراهم فعلى القولين اللذين قدمناهما.

وأما إذا لم ترد السلعة بالعيب وفلس البائع، فالمسألة على قولين

هل يكون أحق بثمنها وتباع خاصة دون الغرماء / على أحد الأصلين أن الرد بالعيب كابتداء بيع، فله أن يحبسها حتى يستوفي ثمنها، أو لا يكون أحق بها إذا اختار ردها، وتباع، ويكون أسوة الغرماء في ثمنها بناء على أن الرد بالعيب نقض للبيع من أصله، وكأنه لم يشترها، ولكنه له دين على صاحبها فإن وجده بعينه أخذه، وإن لم يجده بعينه حَاصَّ الغرماء بثمنها. وقد قيل: له إمساكها ومحاصة الغرماء بقيمة العيب، وكأن هذا فداها به لما كان إذا ردّها لم يرجع إليه الثمن كله الذي دفع، وصار ذلك في حقه كحدوث عيب بها، فله إمساكها وأخذ قيمة العيب.

وكذلك لو اشتراها شراء فاسداً وقد دفع الثمن، ففيه أيضاً قولان:

هل يكون أحق بإمساكها حتى يقبض ما دفع من الثمن، وتصير في يده كالمرتهنة بالثمن، أوْ لا يمكن من ذلك، لأن انتقاض البيع ها هنا مجبوران عليه البائع والمشتري، فكأنه لم يقع فيه عقد أصلاً لما كان الشرع ردّه، فلو فاتت في يد المشتري لوجبت عليه القيمة وبقيت السلعة في يده.

ومما يخرج على هذا الأصل أيضاً ما ذكره **أشهب** عن **مالك** فيمن باع رطباً، ففلس المشتري بعد أن صار الرطب تمراً، فقال **مالك**: لا يكون البائع أحق به في الفلس. قيل له: إن رطبه بعينه؟ فلم يجز ذلك، ورأى أنه كمن باع رطباً بتمر، وهذا ربا لا يحل.

وقال **أشهب** بجوازه بناء على أن التفليس كنقض بيع من أصله، فكأن هذه الثمرة لم يقع فيها بيع فيكون بائعها أحق بها عند الفلس.

وكأن **مالكاً** رأى أن أخذ السلعة عند الفلس كابتداء شرائها بالثمن الذي في

ذمة المشتري، ولا يجوز أن يأخذ عن ثمن رطبٍ تمراً، كما لا يجوز بيع التمر بالرطب.

وكذلك لو فرضنا المسألة بأنه باع شاة حية فذبحها مشتريها أو قمحاً فطحنه، أو زبداً فصيّره سمنا، فإن ذلك كله على الخلاف الذي قدمنا: إن قلنا: أخذ السلعة عند الفلس نقض للبيع من أصله أجزناه. وإن قلنا: إنه كابتداء بيع مضى هذا كله وقدرنا في الشاة الحية إذا ذبحت كأنه بيع اللحم / بالحيوان. فكذلك الزبدة مع السمن والقمح بالدقيق على مذهب من صار أنه لا يجوز المعاوضة في ذلك، على ما قدمناه وشرحناه في كتاب البيوع.

وعلى هذا الخلاف المذكور فيمن باع عبداً فأبق عند المشتري ثم فلس، فذهب **أشهب** إلى أن بائعه ليس له طلبه وترك المحاصة، بل يتعين حقه في المحاصة بثمنه، بناء على أن الأخذ[1] عند المفلس كابتداء بيع، فليس له أن يبتدىء شراء آبق بدين له في الذمة.

وذهب **ابن القاسم وأشهب** إلى أنّ طلب الآبق جائز. واختلفا إن لم يجده: فقال **ابن القاسم** ليس له الرجوع إلى المحاصة، وقدر أنه لما تركها بطلب الآبق كأنه أسقط حقه فيها. وهذا بناء على أن أخذ / السلعة نقض للبيع من أصله، فكأن البيع لم ينعقد، فيكون لبائع العبد طلبه وإن أبق. ومقتضى هذا البناء ألاّ يرجع إلى المحاصة لانتقاض الثمن بانتقاض البيع. وكأن **أشهب** استخف رجوعه إلى المحاصة وقدّر أنه ليس بتارك لحقه فيها لما (أخذ عين العبد)[2] فلم يحصل له ما رجاه.

وقد عورض **أصبغ** في منعه اختيار طلب الآبق لأجل أنه كمشتري آبق بما نابه، إذا قدر ذلك فيه، ومنع منه لأجل الغرر في شراء الآبق، فإنه يقدر فيه أيضاً

---

(1) هكذا.

(2) أي: أخذ في طلب عين العبد.

كّأنه كبيع آبق لما يصير له في المحاصة فلم ينفك الاختيار لأحد الأمرين من غرر فلا ينبغي أن يمنع أحدهما ويسوّغ للآخر.

والجواب عن السؤال الرابع أن يقال:

قد قدمنا أن الأحاديث الواردة في كون البائع أحق بسلعته في الفلس شُرِط فيها: إذا كانت السلعة قائمة بعينها. وقد علم أن السلعة قد توجد بعينها لم يتغير شيء من صفاتها، أو يوجد عينها وقد تغيرت صفاتها.

فأما القسم الأول وهو وجودها ولم تتغير، فلا إشكال فيه لأنه أمر محسوس.

وأما القسم الثاني، وهو تغيرها، فإن الضابط في هذا الوجه اعتبار التغير هل أفرط حتى صار الشيء كأنه جنس آخر ويراد لغرض آخر، فيكون كفوات العين، يجب للبائع المحاصة ولا يكون له حق في العين، / أو يكون التغير يسيراً فلا يبطل حقه في العين إذا شاء.

وقد نبه **مالك** على هذه المسائل عنْ من اشترى ثياباً فقطعها، فقال: لا أدري، لكن لو كان اشترى جلوداً فقطعها نعالاً لكان **ذلك** فوتاً.

فأنت ترى كيف أسقط حق البائع في النعال لما كان الغرض في الجلد المبيع خلاف الغرض في النعال.

وقطع الجلد نعالاً تغيير شديد. وأشكل الأمر عنده في الثياب، فقال: لا أدري. لكون السؤال فيه إجمال لاختلاف تفصيل الثياب.

فإذا تقرر هذا فاعلم أن الحادث في المبيع قد يكون بأمر من الله سبحانه لا صنع للخلق فيه، أو يكون بجناية جان، أو يكون بفعل فعله المشتري.

فإن كان الحادث فيه عيباً حدث من قبل الله، فإن المعروف من المذهب تخيير البائع بين أخذ سلعته على ما هي عليه من عيب، وبين تركها والرجوع إلى

المحاصة مع الغرماء، قولاً مطلقاً من غير تفصيل لحكم العيب.

لكن بعض الأشياخ أشار إلى ما كنّا قدمناه في صدر هذه المسألة، فقال: لو اشترى عبداً فهرم عنده ثم فلس، أو كان صغيراً فكبر ثم فلس، لجرى ذلك على القولين في الكبر والهرم: هل هي فوت يمنعان الردّ بالعيب أم لا؟

وقد ذكر **ابن شعبان** في **مختصره** عن **مالك** أنه قال: إذا اشترى جارية فحدث بها عيب، فالبائع بالخيار بين أن يأخذها بقيمتها أو يتركها ويحاص بالثمن.

وجعل بعض أشياخي هذه الرواية على أن المراد به / يأخذها بقيمتها بأن ينسب ذلك من الثمن الذي وقع به البيع، فيحط عن البائع مقدار النقص الذاهب الذي عابها، ويكون له الخيار فيها سواه: هل يأخذه بما قابله من الثمن، أو يتركه ويحاص بالثمن، كمشتري سلعتين فاتت إحداهما في يديه ثم فلس.

ويحتمل عندي أن يكون المراد أخذها بقيمتها على ما هي عليه، ويحاسب بذلك من الثمن، لأن الغرماء لا حق لهم في عين سلع المفلس إذا لم يكونوا هم باعوها منه، وإنما حقهم في مقدارها فإذا دفع البائع لهم قيمتها على ما هو[1] عليه من عيب، / كان أوْلى بها ويحاسب بذلك من الثمن، وتكون قيمتها بدل عينها فيكون ذلك بما قلنا: إن الغرماء إذا دفعوا إليه ثمن سلعته سقط حقه في عينها، فكذلك إذا دفع هو إليهم قيمة السلعة المعينة كان هو أحق منهم أيضاً، إذ لا فائدة لهم في عينها.

وأما القسم الثاني، وهو أن يكون العيب الحادث كان عن جناية جان، فإن البائع أحق بعين سلعته بمقدار قيمة ما بقي منها بعد الجناية من قيمة الذاهب بجناية الجاني، بسبب[2] ذلك من الثمن. فإن كانت الجناية برِئت على غير

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: هي.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بنسبة.

نقص ولا عيب في الأمة المجني عليها أو العبد المجني عليه، وقد أخذ المشتري بذلك أرشاً، فإن البائع إذا اختار أخذ الجارية لا يكون[1] حق في الأرش الذي أخذه المشتري بل يكون ذلك كالغلة التي لا يردها.

وقد قال **ابن المواز**: لو أخذ المشتري أرش موضحة وبرئت على غير عيب، ثم اطلع على عيب فرده به فإنه لا يرد أرش الموضحة، وأجراه مجرى الغلات لما كان ذلك لا يورث[2] في الذات.

وأما إن كانت بجناية المشتري بأن يكون لبس الثوب حتى خلق فإنه يكون الذاهب بلباسه كالذاهب بأمر من الله سبحانه لا يحط عن البائع لأجله شيء إذا اختار أخذ العين، فإما أن يأخذ الثوب الخلق بجميع الثمن أو يتركه ويحاص بثمنه.

قال **ابن الماجشون**: إلا أن يكون الثوب قد بلي بلاء فاحشاً فيكون ذلك فوتاً.

والأوْلى ها هنا أن يكون كما لو ذهب بجنايته، فيحط عن البائع مقدار ما أذهبه اللباس على صفة ما ذكرنا من التقويم ونسب من الثمن.

وأما التغيير في الجارية المعينة[3] من جهة الولادة فإن المعروف من المذهب عندنا أن الولد ليس بغلة، بل هو كعضو من أعضائها، فيجب رده معها في التفليس، كما يرد يدها أو رجلها، فكذلك ولدها. فإذا قدرناه كعضو من أعضائها، فالبائع بالخيار من أن يأخذها وولدها، أو يتركها ويحاص بجميع الثمن.

ولو مات أحدهما إما الأم وإما الولد لكان الباقي منهما كأنه جميع المبيع.

---

(1) هكذا، والصواب: لا يكون [له] حق.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يؤثر.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: المَعِيبة.

لكان الباقي منهما كأنه جميع المبيع فالبائع بالخيار بين أن يأخذ ه بجميع الثمن، أو يتركه / ويحاص بالثمن الذي[1] الموت ها هنا مجرى عضو ذهب بأمر من الله سبحانه فلا يكون للبائع إذا اختيار[2] العين مقال في أن يحط عنه / مقدار ما ذهب إما الأم وإما الولد. (لكن ينبغي أنْ يتحمل ما حكيناه عن **ابن شعبان**)[3] من كون العيب الحادث من الله سبحانه للبائع فيه مقال إذا اختار أخذ العين وكانت الأم هي الميتة وبقي الولد.

وأما لو كان الذاهب ليس بموت، ولكن ببيع عقده المشتري قبل أن يفلس، فإنه يعتبر في ذلك: هل البيع وقع في الأم خاصة وبقي الولد؟ فيكون البائع بالخيار، إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء تركه وحاصّ بالثمن الذي باع به. وإن كان البيع في الولد وبقيت الأم وحدها، فإن في **الموازية عن مالك** أن البائع بالخيار بين أن يأخذ الأم بجميع الثمن، ولا يحط عنه لأجل الولد شيء، أو يتركها ويحاص بالثمن. وأنكر **سحنون** هذا، وقال: لا أدري ما هذا. وقال في **مختصر ابن الجلاب** إنه يحط عن المبيع مقدار ما قابل الولد بالتقويم حين البيع ينسب ذلك من الثمن. ورواه **يحيى بن عمر عن ابن القاسم**. وهذا هو أصل المذهب، لأن الولد إذا لم يكن غلة وجب رد عينه إذا كان قائماً من غير خلاف منصوص عندنا في المذهب، فكذلك يجب أيضاً أن يحاسب البائع بثمنه على نسبة ما قلناه في التقويم، ويكون[4] لمّا استحق أخذ عينه من غير خلاف في هذه الرواية، ولو غيرها يستحق قيمة العوض عنه من الثمن كما قدمناه.

وكان بعض الأشياخ المحققين يعني[5] السيوري يرى أن الولد غلة. ويعتمد على هذه الرواية التي في كتاب **ابن المواز** لاسيما أنه قال في الرواية: لا

---

(1) هكذا في النسختين، والأولى حذف الذي وأجروا الموت .

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: اختار.

(3) هكذا في النسختين.

(4) هكذا في النسختين، حذف ويكون.

(5) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أعني.

يحاسب بعوض الدار لأنه كغلة من الغلات فَنَصَّ ها هنا على أنه يجري مجرى الغلات. بعض أشياخي، يعني[1] اللخمي، يمنع هذا التخريج من المذهب في كون الولد غلة من هذه المسألة ويقول لما وجد الولد ثم ذهب من غير عيب لحق أمه صار ذلك بمنزلة ما قدمناه عن ابن المواز أنه أخذ أرش موضحة وبرئت على غير عيب فإنه إذا أراد[2] العبد لا يرد الأرش لما كانت العين على ما هي عليه من غير نقص.

وهذا اعتذار قد لا يسلم له لأن الولد ها هنا لما وجب رده بعينه مع أمه صار لمّا بيع كسلعة باعها البائع مع آخر فاتت إحداهما فإنه يحط عنه مقدار الفائتة إذا اختار أخذ عين السلعة / الباقية.

وكذلك أيضاً تخريج الخلاف في كون الولد غلة من مسألة كتاب الرد بالعيب: أنّ الأمة إذا ولدت عند المشتري وردها بالعيب يرد معها ما نقصتها الولادة وأعابتها. قال: إلا أن يكون قيمَة الولد ما يُجبَر به عيب الولادة فلا يرد المشتري قيمة هذا العيب. فإما[3] جعل من حق المشتري أن يدفعه عوض عيب لزمته قيمته على ذلك على أنه كالغلة يملكها المشتري ولا يردها إذا ردّ بالعيب.

واعتذر أيضاً عن هذا الولد كأنه نفس العيب الذي حدث عند المشتري وهو عيب / الولادة فإذا كانت قيمته تجبر عَيب الولادة فكأن الأمة لم يلحقها عيب حدث عند المشتري. ويؤكد هذا الاعتذار أن الولد (كان غلة)[4] لا يجب على المشتري ردّه لم يلزمه رده مع أمه، ولا كان من حقه أن يعطي عن قيمة عيب حدث عنده عبداً آخر كما ليس من حقه أن يعطي في قيمة ما حدث عنده عوضاً.

ومن حاول من الأشياخ تخريج الخلاف في هذا من هاتين المسألتين يشير

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أعني.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أراد [ردَّ] العبد.
(3) هكذا في النسختين.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: [إنْ] كان غلة.

إلى أن ما ذهب إليه **الشافعي** من كون الولد غلة قد قيل عندنا في المذهب **والشافعي** يراه غلة وذلك مشهور من مذهبه ومذهب أصحابه. لأنه اختلف قوله في الحمل: هل له حكم أم لا؟ فقال مرة: لا حكم له، بدليل أن من أعتق أمة حاملاً لحق لولدها في بطنها العتق كما يلحق يدها ورجلها. وقال مرة: للحمل حكم، بدليل أن من أعتق ما في بطن أمته لم تعتق الأم الحامل بعتق ما في بطنها وذلك يشعر: ليس كعضو منها.

وأجرى أصحابه تفصيل هذه المسألة على هذين القولين فقالوا: لو باعها وهي غير حامل فحملت عند المشتري من زنا أو تزويج، ووضعت، فإنه إذا ردها لم يرد الولد معها. ولو باعها وهي حامل ثم ردها قبل أن تضع لردّ الولد معها. ولو ردّها بعد أن وضعت لجرى ذلك على القولين: هل يقال: لا حكم للحمل، فيكون الولد غلة؛ أو يقال: له حكم، فيكون الولد ليس بغلة وكأنه اشترى سلعتين.

وإذا فلس وهي حامل وقد حملت عند المشتري فإن قلنا: لا حكم للحمل، رجع فيها وفي حملها لأنه كاليد والرجل. وإن قلنا: له حكم، كان الولد للمبتاع كالنماء المتميز. وإن باعها وهي حامل فأسقطت ثم فلس المبتاع، فالحمل على القولين: إن قلنا: لا حكم / له. لم يكن له غير الجارية. وإن قلنا: للحمل حكم، فكأنه باع عينين فتلفت إحداهما، ثم فلس، فإنه يأخذ الموجودة ويضرب بحصة ثمن التلف.

وإذا قلنا: في الولد المنفصل: إنه غلة، كما قال **الشافعي**، فالمشهور عندهم: إذا انفصل عن الأم وكان المشترى فإن التفرقة بينهما ممنوعة فتباع الجارية وولدها فيكون للبائع ثمن الجارية وللمفلس ثمن الولد تغرم[1] الجارية ذات ولد لأنه رجع فيها وهي ذات ولد فيقول: قيمتها تسعون وقيمة الولد عشرة فيكون للبائع تسعة أعشار الثمن وللمفلس عشرة إلا أن يختار البائع أن يعطي

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: تُقوَّم.

قيمة الولد فيكون ذلك له ويأخذ الأمة وولدها.

ومن أصحاب **الشافعي** من قال: ليس له الرجوع في الأم إلا أن يعطي قيمة الولد.

والذي ذكرناه ها هنا عندهم من إعطاء قيمة الولد إذا أراد أن يأخذ الأم فيه إشارة لما كنا وجهنا به ما حكيناه عن **مختصر ابن شعبان**.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال:

النماء الحادث في الحيوان المبيع لا يخلو من أن يكون من جنسه ولا يتميز عنه كالسِّمَن، فهذا لا خلاف / فيه أنه يأخذ الأمة المبيعة بعينها على ما هي عليه، إذ لا يمكن تمييز هذا النماء.

أو يكون النماء من جنس النامي، ولكنه متميز عنه كالولد. وقد تكلمنا على حكمه.

أو يكون من غير جنسه كالغلة في الربع والعبيد، والصوف في الغنم والألبان وما يكون عنها، والثمار في الأشجار.

فأمّا غلة الرباع وما يؤخذ في أكريتها، وفي إجارة العبيد، فإن ذلك إذا قبضه المشتري، وقد استحقه، لم يرد في الفلس مع الربع والعبيد، من غير خلاف. ولو لم يقبضه، ولكنه قد حل على المكتري فإنه أيضاً لا يقضى على المشتري برده، وإن كان لم يقبضه لأنه إذا حل واستحق على المكتري صار ذلك كالمقبوض، وكأنه حق للمشتري أخَّرَ به مَن هو عليه، فصار ذلك قبضَه، واستئنافَ إعادته إلى ذمة من هو عليه.

وأمّا ما اغتل المشتري من صوف قد جزّه وأفاته، ولم يكن موجوداً في حين عقد الشراء، أو ثمر جدّه، أو لبن حلبه، فإن هذا لا يرده أيضاً، من غير خلاف، لأن المبيع كان في ضمان مشتريه قبل أن ينقض البيع فيه بالتفليس،

(**والخراج بالضمان**)[1]، كما ورد في الحديث.

وأمّا إن كان لم يقبض ذلك ولا انفصل هذا النماء عمّا هو متصل به، / فإن ذلك لا يخلو من قسمين:

أحدهما أن يكون اشتراء الغنم ولا صوف عليها، والشجر لا ثمر فيها. فإن كان الأمر كذلك فإنه إذا وقع التفليس، وقد كمل الصوف وحان جزازه، فإنه يرده مع الشاة المردودة بالتفليس، من غير خلاف منصوص عندنا فيما علمت.. وإن كان ذلك ثمراً أثمرته الأشجار المردودة بالتفليس، ففي ذلك قولان في المذهب:

ذكر في **المدونة** في كتاب الشفعة أنه يرد الثمرة مع أصولها إذا وقع الحكم برده الشجر قبل أن تجدّ من أصولها، ولو كانت قد يبست، بخلاف الشفعة فإنها يأخذها الشفيع ما لم تيبس، وإن كانت لم تفارق أصولها.

وفي **كتاب ابن حبيب**: أنها لا ترد إذا أُبِّرَتْ، وإنما ترد إذا لم تؤبر.

فكأنه في المذهب المشهور رأى أنها ما دامت متصلة بأصولها صارت كأغصان الشجر التي ترد مع أصولها، وكالولد الذي في البطن الذي يتبع أمه في حكمها.

وكأنه في القول الآخر أنها بالإبار تصير غلة، ألا ترى أن البائع إذا باع شجراً وفيها ثمر قد أبر فإنها للبائع، إلا أن يشترطها المبتاع، وما ذلك إلا أنها إذا أبرت صارت كسلعة ثانية أضيفت إلى الشجر فلا تدخل في عقد البيع إلا باشتراط، فكذلك لا ترد مع الأصول في الفلس، لأنها صارت كملك حدث في يد المشتري فاستحقه وإن لم يقبضه كما يستحق المقبوض من الثمر إذا جدّه. وأما إذا اشترى غنماً وعليها صوف قد تمّ أو شجراً فيها ثمر: فأمّا الصوف فإذا

---

(1) سبق تخريجه.

وقع العقد وهو على ظهور الغنم قد كمل فالمشهور أنه لا يكون غلة للمشتري ولو جزه. وأمّا الثمر فإن كانت موجودة / حين العقد ولكنها لم تؤبر فلا خلاف في أنها لا تكون لها ها هنا حصة من الثمن، فإن أبرت فظاهر المذهب على قولين:

1 ـ إن لها حصة من الثمن، لأنها لم تدخل في البيع إلا باشتراط، واشتراطها يشعر بأن الثمن الذي بذل المشتري، لها حصة فيه، ولولا اشتراطه لها ما بذله بكماله.

2 ـ والقول الآخر: إنها إنما يكون لها حصة من الثمن إذا وقع العقد عليها وقد طابت وأزهت. وهذا ظاهر **كتاب ابن المواز** على رأي بعض الأشياخ.

وليس هو عندي في **كتاب ابن المواز** كالنص / الجلي. ووجه هذا المذهب أن الثمرة إذا أزهت جاز بيعها بانفرادها. ومن قبل أن تزهي لا يجوز بيعها بانفرادها على شرط التبقية. وما ذلك إلا لكونها إذا أزهت وحل بيعها استقلت بحكم نفسها، وصارت لها، لأجل ذلك، حصة من الثمن، كمن بذل مالاً عوضاً عن سلعتين يجوز إفراد كل واحدة منهما بالعقد.

وذهب **أشهب** إلى أن لا حصة لذلك من الثمن لا في الصوف، ولا في الثمرة، ولو اشترى الصوف وقد كمل، والثمرة وقد طابت. وقدر أنه لما كانت هذه الأشياء متصلة بأصولها، وهي في حكم البيع لها لم تقع المعاوضة إلا على أصولها خاصة من الثمن، كمال العبد إذا اشترطه المشتري.

وإذا قلنا بالمذهب المشهور من كونها لها حصة من الثمن، والثمر إذا أزهت، على أحد القولين، أو أَبّرت، على القول الآخر، فما دامت متصلة بالأصول فإنه يجب ردّها.

وإن جز الصوف أو بدت[1] الثمرة، فالمشهور أن الصوف إذا كان قائماً

(1) هكذا في النسختين، والصواب: جُذَّت.

بعينه ردّ مع الغنم. وأما الثمرة فلا تردّ مع الأصول إذا جُذّت وكانت قائمة بأعيانها. والفرق يعتبر بينهما. لكن أقصى ما يتصور من ذلك أن الشجر إذا اشتريت وفيها ثمر قد أزهي حتى جعلنا له حصة من الثمن، فلو قلنا: إنه إذا جذّ يرد بعينه صار كَمَنْ اشترى رطباً وأخذ عنه تمراً يابساً، وبيع التمر بالرطب لا يجوز، لاسيما إذا قلنا: إن أخذ السلعة في الفلس كابتداء شرائها بالثمن الذي في ذمة مشتريها. وقلنا: إن تغيّر صفاتها يخرجها عن كونها هي العين التي اشتريت، وقد قدمنا أن الاختلاف فيمن اشترى رطباً ثم فلس بعد أن صار ذلك الرطب تمراً، وأن أحد القولين عندنا أنه لا يجوز في التفليس، حمايةً للذريعة من أن يقع أخذه في بيع الرطب بالتمر. فعلى هذا البناء يحسن أن يقال في الصوف إذا جز فإنه يرد بعينه، كمشتري سلعتين ثم يفلس فإنه ينتقض البيع فيهما إذا شاء البائع. وأما الثمرة إذا جذّت / فيتعلق بها حق الله سبحانه، وهو يمنع من بيع الرطب بالتمر، فلهذا لم ترد بأعيانها. ولكن إذا لم ترد قسط الثمن على الشجر وعلى الثمرة يوم البيع، فما ناب هذه الثمرة المجذوذة الحاضرة حاصّ به، وما ناب الشجر سقط عن المشتري إذا اختار البائع أخذ الشجر / بلا ثمر.

ولأجل هذا قيل في رد هذه الشجرة[1] التي اشتريت وهي مؤبرة[2] ردت بالعيب بعد أن جذ ثمرها، إنه يرد المشتري الثمرة بعينها مع الشجر إذا رد بالعيب، وإن فاتت مكيلتها أو قيمتها رطباً إن جدّها رطباً، وما ذلك إلا مخافة أن يكون البائع علم بالعيب ودلس به حتى صار كالقاصد إلى بيع الثمرة قبل الزهو بشرط التبقية. لما كان رد العقد ها هنا بسبب البائع ومن جهته، فتطرقت إليه التهمة وحُمِيَتْ الذريعة، وردت الثمرة مخافة أن يتم للبائع مأخذ[3] إليه من الفساد بإمضاء البيع في الثمرة خاصة.

(1) في (و): الشجر.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: [و] رُدَّت.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ما قَصَد.

وقد اختلف المذهب على قولين إن ردت هذه الثمرة في التفليس، وقد سقاها المشتري وأنفق عليها نفقة، هل يطالب بما أنفق وسقى لأنه لولاه ما وجد عين الثمرة المردودة، أو يكون لا مطالبة به بل تكون خسارته منه لكون ذلك ليس بعين قائمة الآن، كصباغ ثوب اشتراه ثم فلس، أو (نبعه)[1] بناها ثم فلس.

وإذا قلنا: إنه لا مطالبة له بالسقي مع كون الثمرة لولا السقي لم توجد، فأحرى ألا تكون له مطالبة بأجرة الجزاز.

وإذا قلنا: إن المطالبة بالسقي نظر فيما يتخرج في الجزاز من هذا القول الآخر.

ومما يلحق بهذا ما اكتسبه العبد عند المشتري ثم فلس المشتري، (فيأخذ البائع العبد بما اكتسبه عند المشتري، إذا كان لم ينتزعه منه، ولا انتزعه المشتري منه قبل أن يفلس، لم يأخذ ذلك من يده، وبقي في جملة ما له لا يختص به البائع دون غيره من الغرماء)[2] لأنه إذا انتزعه المشتري قبل التفليس صار قد رد العبد على صفة ما أخذه عليه، وصار ما انتزعه من كسب كثمار جناها أو غلة حَصَدَها.

وأمّا لو كان في يد العبد مال اشترطه المشتري فإنه إذا بقي ذلك في يد العبد إلى أن فلس المشتري فإنه يرد ماله معه. ولو هلك ماله قبل أن يرد بالتفليس لم يكن للبائع إلا أخذ العبد على ما هو عليه بغير مال بالثمن كله أو المحاصة بثمنه، وكذلك لو كان ذهاب ماله بانتزاع المشتري واختار البائع أخذ العبد، فإنه لا يأخذه إلا بالثمن كله من غير أن يحط منه شيئاً بسبب ما ذهب من مال العبد. وكأنهم قدّروا أن مال العبد لا حصة له من الثمن وإنما اشترى عبداً

---

(1) هكذا.
(2) ما بين القوسين هكذا في النسختين، ويظهر أن فيه اضطراباً. ويمكن تصحيحه بـ لو انتزعه. . . . لم يؤخذ.

له مال، وعلى ذلك بذل الثمن على نفس المال فزوال المال من يده كتغيير بعض صفاته، ولو كان ذلك من الرد بالعيب فإن المشتري إذا انتزع مال العبد وأراد أن يرده بالعيب، فإنه يرد معه ماله الذي انتزعه إذ ليس له أن يرده وقد حدث فيه عيب لا يحط لأجل العيب شيئاً، والمفلس إنما يأخذه بعينه إذا شاء أو يبقى العبد على ما هو عليه.

والجواب عن السؤال السادس أن يقال:

المشتري أباح له الشرع التصرف في المبيع بنفس تسلمه وكون العقد صحيحاً، فإن أحدث في المبيع حادثاً من شيء أضافه إليه، أو صنعة عملها فيه، فإن ذلك لا يخلو من أن يكون أضاف / إلى البيع[1] أجساماً متصيرة[2] في البصر، ويمكن تمييزها بالانفصال، وذلك مثل البناء والغرس، فإنه إذا اشترى أرضاً فبنى فيها، ثم فلّس، فإن البائع لا يسقط حقه في عين المبيع لقوله عليه السلام: «**فهو أحق بمتاعه إذا وجده بعينه**»[3]، وهذا قد وجده بعينه فيجب أن يكون أحق به. لكن المشتري إذا بنى بوجه جائز صار له حق فيما بناه اختلط بالمبيع، فلا يسقط حقه فيه أيضاً. فها هنا اختلف العلماء في حكم هذا الاختلاف[4] فإن **مالكاً** رضي الله عنه فإنه ذهب إلى أن البائع إذا أراد ارتجاع أرضه مكّن من ذلك، ولكن بشرط أن يشارك المشتري بقيمة ما بناه، تقوّم الأرض على حال ما هي عليه من بناء، ثم يقوم البناء على حياله، والأرض بغير بناء، فيكونان شريكين في الأرض وبنائها بحسب ما اقتضاه التقويم. قال في **الموطأ**: وتفسير ذلك أن تكون الأرض ببنائها تساوي ألفاً وخمسمائة درهم، فتكون قيمة البناء ألف درهم، والأرض بَرَاحاً خمسمائة درهم، فيكونان شريكين

---

(1) هكذا في النسختين، والأوضح: المبيع.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: متميّزة؛ كما سيأتي في قسيم هذا.
(3) سبق تخريجه.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الاختلاط.

في هذه الدار: ثلثاها لمن بناها والثلث لبائعها براحاً[1].

وذهب فيمن بنى أرضاً اشتراها بوجه شبهة فبناها، إلى خلاف هذا. فجعل من حق / من أتى فاستحقها أن يعطي قيمة البناء قائماً فتصير الأرض وما فيها من بناء لمن استحقها لمن هو في يديه وباع ملك هذا المشتري عليه بغير اختياره. وجعل البناء في التفليس لا يباع على بانيه حتى يجبر على تسليمه بقيمته للبائع، وما ذلك عندي إلا لأجل أن من اشترى أرضاً من سوق المسلمين معتقداً أن الذي باعها هو مالكها حقيقة، فبنى فيها بناء يعتقد أنه مباح له فظهر أنه أخطأ في اعتقاده، وبنى في أرض غصبها بائعها منه، ولم يسقط ملك المغصوب منه الأرض عنها على حال، ولا تغيّر ولا تبدّل، فكان استحقاقه لأرضه واضحاً، وحرمة ملكه متأكدة، وحرمة بناء المشتري غير متأكدة، لأنه ظهر أنه بنى في أرض لا يملكها، ولو اطلع على باطن الأمر ما حل له التمسك بها ولا البناء فيها، فلما قوي أمر المستحق وضعف أمر هذا المشتري، حكم عليه بإخراج ما في يده من البناء بغير اختياره.

وأمّا من اشترى أرضاً من مالكها فبنى فيها، ففلس فإن بناءه صادف ملكاً محققاً له في الظاهر والباطن، واعتقاده أن البناء مباح له صواب لا غلط فيه، وإنما حدث عيب في ذمته أوجب للبائع الخيار في استرجاع مافي يديه ورده إلى ملكه بعد أن خرج على ملكه، فإن حُرمة بنائه متأكدة فلم يجبر على أن يسقط حقه في عين بنائه بأن يدفع إليه قيمته، ولم يجعل مالك ولا أحد من أصحابه البناء ها هنا فوْتاً أحال العين وغيّرها حتى يسقط مقال بائعها في ارتجاعها، ولا يكون له إلا طلب الثمن والمحاصة به. لكنهم اختلفوا فيمن اشترى أرضاً فبنى فيها، ثم اطلع على عيب: هل بناؤها فوت / يمنع الرد بالعيب ويوجب أخذ قيمته، أوْ لا يكون ذلك فوتاً.

---

(1) الموطأ: 2/ 211 ـ 212. في 1982.

وأشار بعض أشياخي إلى تخريج الخلاف من هذه في الفلس إذا بنى. وأشار أيضاً إلى اختلاف مقدار البناء والنفقة فيه، فيكون الكثير فيه يفيت الأرض والقليل لا يفيتها.

فأمّا تخريجه الخلاف من مسألة العيب، فقد يدافع فيه، ويقال له: إن العيب لما كان من جهة البائع ويتّهم فيه بالتدليس بأنه أسقط حقه في إمضاء البيع على ما هو عليه، / بأن يرضى المشتري به أو ينقضه ويأخذ ثمنه. والتفليس لا يتصور فيه من جانب البائع تفريط ولا تلحقه تهمة.

وأما إشارته أيضاً إلى اعتبار البناء بالقلة والكثرة فإن ظاهر المذهب يمنعه من ذلك. وذلك أن **مالكاً** ذكر في **الموطأ** ما حكيناه عنه من كون الشركة واجبة بقيمة البناء وقيمة الأرض. ومثّل ذلك بأن يكون قيمة البناء ألفاً وقيمة الأرض خمسمائة، ولم ير ذلك فوتاً، وإن كان قيمة البناء الثلثين وقيمة الأرض الثلث. لكن أشار بعض أصحاب **الشافعي** إلى هذه الطريقة وحمل كلام **الشافعي** عليها. وذلك أن **الشافعي** ذهب في هذه المسألة إلى أنه إذا وقع التفليس وأراد البائع ارتجاع المبيع، فيقال للبنّاء[1]: أقلع بناءك وغرسك حتى تردّ إليه الأرض براحاً كما اشتريتها، فلا يبقى له مقال. ولو كان في قلع الغرس والبناء ما يعيب الأرض فإن **الشافعي** ألزم المشتري قيمة هذا العيب إذا اختار البائع ارتجاع الأرض، لأنه عيب أحدثه ليُخلّص ملكه من يديه، فيجب أن يطالبَ بأرش ما جناه على ملك الغير، لكونه جنى هذه الجناية على ملك الغير لمنفعة نفسه وتخليص ملكه. قال **الشافعي** وإن لم يساعده المشتري على قلع بنائه وغرسه قيل للبائع: ادفع إليه قيمة بنائه، نحو ما نقوله نحن في بناء المشتري بوجه شبهة ثم استحقّت عليه الأرض. فإن امتنع البائع من دفع قيمة البناء، فقال **الشافعي**: يسقط حقه في ارتجاع أرضه ولا يكون له إلا المحاصّة. وقال في بعض كتبه أيضاً: لا يسقط حقه في عين أرضه. فالمزني وغيره من أصحابه يحل ذلك على اختلاف

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: للباني.

قوله منه. ومن أصحابه من لا يراه. اختلف قوله: يسقط حقه في عين أرضه، على أن للبناء قيمة كثيرة. وقوله: لا يسقط حقه في عين أرضه، على أن للبناء قيمة يسيرة. وهذا نحو ما ذكرته عن بعض أشياخي وهو خلاف ظاهر مذهبنا.

والقسم الثاني وهو أن يحدث المشتري في المبيع جواهر يميّزها البصر ولا تتميز بالعقل تميز انفصال، كصبغ الثوب ودباغ الجلد. فهذا فيه عندنا قولان: المشهور أن ذلك لا يكون / فوتاً.

وقال ابن وهب في أحد قوليه: إنّ ذلك فوت. ورآه كتغيير في العين يصيرها كأنها ليست هي العين المبيعة، فلم يجعل للبائع إلا المحاصة. ورأى مرة أخرى أن ذلك ليس بفوت. وعلى هذا القول ثبت / أن ذلك ليس بتغيّر يخرج العين عن الغرض المقصود منها حين البيع فيكون شريكاً.

واختلف المذهب على قولين بماذا يكون شريكاً في الفوت؟ فقال ابن **القاسم**: بقيمة الصبغ.

وذهب غيره إلى أنه شريك بما زاد الصبغ في قيمة الثوب أبيض. وإلى هذا أشار **ابن المواز** وكأنه ناقض **ابن القاسم** بقوله في الصبّاغ إذا استؤجر على صباغ ثوب فدفعه إلى ربه، ففلس ربه: إن الصباغ يكون شريكاً في الثوب بما زادت قيمة الصبغ فيه.

فكأن من رأى الشركة بالقيمة قدّر أنها سلعة ملكها[1] أضافها إلى مِلك رجل آخر إضافة لا تتميز. فكانا شريكين في هذا المختلط بقيمة ما لكل واحد.

ومن رأى أن الشركة إنما تكون بما زاد الصبغ في قيمة الثوب على أن ينزع صباغه منه فصار كأنه هو المتلف لماله بإضافته إلى ملك غيره إلا أن يكون ما عنه يزيدفي قيمة الثوب أبيض. فتصير تلك الزيادة كمعنى منفصل عن ملك الغير فيختص بها من أحدثها.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: مالكها.

وهكذا مذهب الشافعية كون الشركة يعتبر فيها ما زاد الصباغ في قيمة الثوب.

وقد ذكرنا ما أشار إليه **ابن المواز** عن **ابن القاسم** في صبّاغ استؤجر على صِباغ ثوب فصبغه وسلمه إلى ربه، ثم فلس ربه، أنه يكون شريكاً في الثوب بما زاد فيه الصبغ. وقال: ويحاص بقيمة الأجرة التي عقدت الإجارة بها.

وعارض بعض الأشياخ الحذاق هذا وقال: إذا كان شريكاً بما زاد فلا معنى لتمكينه من المحاصة ببقية الأجرة. ورأى أنه كمن اختار أخذ سلعته بعينها وهي ناقصة عمّا باعها عليه فلا تكون له المحاصة بعيب حدث فيها من قبل الله سبحانه على المشهور من المذهب.

وأما لو اشترى قمحاً فطحنه ثم فلس، فإن المشهور من المذهب أن ذلك فوت يمنع من أخذ عين القمح المطحون.

ولكن اختلف في ذلك لو طحن القمح ووجب ردّه من ناحية العيب: هل يكون طحنه فوتاً أم لا؟ / وقد كنا قد قدمنا إجراء بعض أشياخنا إجراء الخلاف في مسائل العيوب في هذا النوع من مسائل التفليس.

وقد اختلف المذهب في غاصب غصب قمحاً فطحنه: هل يكون للغاصب وعليه مثله؟ أو يكون لربه أن يأخذه مطحوناً، لكون الطحن ليس بمعنى مفيت للعين ولا زائد في جواهرها؟ والقمح تقل فيه اختلاف الأغراض إذا تماثل.

وكذلك اختلف فيمن اشترى قمحاً فطحنه ثم استحق من يده: هل يأخذه مستحقه مطحوناً ويدفع إجارة الطحن أو لا يدفع إجارة الطحن لكون ذلك ليس بعين قائمة كما لا يلزم مستحق الأشجار أن يغرم قيمة السقي والعلاج على أحد القولين عندنا، لكون ذلك مما لا يتميز ولا يمكن انفصاله؟

ولو كانت جارية فسمنت أو غلاماً علم القرآن، فإن في هذا أيضاً اضطراباً

بين العلماء: هل هذه الآثار حكمها / حكم الأعيان لكون ما أحدثه المشتري ليس بجواهر متميزة (ليس إليها التصرف)[1]، وإن لم تنفصل؟

وقد أشار بعض الأشياخ إلى إجراء الخلاف فيمن اشترى قمحاً فطحنه ثم فلس من اختلاف المذهب في جواز بيع القمح بالدقيق بناء أيضاً منه هذه الطريقة على أحد القولين عندنا في كون ارتجاع السلعة بالتفليس كبيع مستأنف.

ويجري الأمر في الطحن على أنه تفريق أجزاء كقطع الثوب. وقد ذكر **ابن حبيب** أن قطع الثوب قميصاً في التفليس فوت يمنع البائع من أخذه. وكذلك اتخاذ الخشبة تابوتاً أو باباً، أو ذبح الكبش، أو جعل الزبدة سمناً. وهذه مسائل يكثر تعدادها، وما ذكرناه منها يرشد إلى ما أضربنا عنه منها.

الجواب عن السؤال السابع أن يقال:

أخذنا الكلام على هذا السؤال وإن كانت توجب الرتبة إيراده في الفصل الذي ذكرنا فيه اختلاف العلماء: هل يكون البائع أحق بسلعته في الفلس والموت أم لا؟ لكونه ها هنا إذا قبض بعض ثمن سلعة باعها ثم فلس المشتري، فإن **أبا حامد الإسفرايني** ذكر عن **مالك** مذهباً في هذه المسألة (أو ثبت عنه، ألحقنا المسألة بما كنا فيه الآن)[2]. وذلك أنه / حكى عن **مالك** أنه يقول فيمن باع سلعة فقبض بعض ثمنها وبقي بعضه: إن ذلك فوت يمنع البائع من ارتجاع سلعته.

واحتج عن **مالك** هذا في[3] رواه في **موطئه** من قوله: إذا باع سلعته ولم يقبض من ثمنها شيئاً فالبائع أحق بسلعته، على نحو ما قدمناه من نص الحديث. ورأى أن **مالكاً** لما اشترط، فيما رواه، من كون البائع أحق بسلعته في الفلس لا

(1) هكذا في النسختين.
(2) هكذا في النسختين.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فيما.

يكون قبض من ثمنها شيئاً، يقتضي دليل هذا الخطاب أنه إذا قبض شيئاً من ثمنها فلا يكون أحق بها.

وهذا عندي لا يثبت عن **مالك**، فلعل **الإسفرايني** فهم عنه هذا من تقييده ماروِاه في **موطئه** بكون البائع لم يقبض من ثمنها شيئاً. وأما مذهب **مالك** رضي الله عنه فإنه يخيّر البائع بين أن يردّ جميع ما قبض ويرتجع سلعته، أو يتمسك بها ويحاص ببقية الثمن، ولا يطلب ثمن سلعته بل تباع له وللغرماء؟

ومذهب **الشافعي** أنه يرتجع من سلعته بمقدار ما بقي من الثمن إذا شاء، أو يسلم ذلك ويحاص بما بقي من الثمن.

مثل أن يكون اشترى عبداً بمائة دينار، فقبض من ثمنه خمسين، فإن الخمسين المقبوضة تقابل نصف العبد والخمسون الباقية تقابل نصفه أيضاً.

فعند **مالك** أن البائع إن شاء رد الخمسين التي قبض واسترد جميع العبد، وإن شاء طلب الخمسين الباقية وحاصّ الغرماء فيها وترك جميع العبد.

ومذهب **الشافعي** أن الخمسين المقبوضة يسقط حق البائع في نصف العبد وتبقى الخمسون الأخرى كأنها ثمن عبد كامل، إن شاء طلب بها مال المفلس مع جملة الغرماء، وإن شاء استرد نصف العبد.

ولو كانت سلعة كثيرة تختلف / قيمتها، لكان الفضّ والتقويم على هذه النسبة. فلو اشترى ثلاثة أعبد بمائة دينار، قيمة أحدهم نصف الثمن وهو خمسون ديناراً، والآخر خمس الثمن وهو عشرون، وللآخر ثلاثة أعشار الثمن وهو ثلاثون ديناراً. وكانت العبيد عند المفلّس لم يفت منهم أحد، وقد قبض ثلاثين، لكان البائع بالخيار في أن يرد ثلاثين ديناراً، أو[1] يأخذ الثلاثة أعبد، أو يسلم جميعهم ويحاص بثمنهم. ولو كانت الثلاثة أعبد متكافئة / القيم لكان هذا.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: و.

وعند **الشافعي** أن يكون شريكاً بمقدار ما بقي من الثمن فيهم، إن شاء، أو يمضي البيع ويحاص بما بقي من الثمن.

ولو تقدم بعض الثمن وفات في يد المشتري بعض المبيع لَفُضَّ ما بقي من الثمن على المبيع كله، فيرد مما قبض ما قابل الموجود من المبيع وأخذه إن شاء وتمسك بما قابل المبيع الفائت وحاص بما بقي من ثمنه.

ولو كان ما باع عبدين متكافئين بمائة دينار وفَات أحدهما، وقد قبض خمسين ديناراً، فإن الخمسين ديناراً المقبوضة مقبوضة نصفين: نصفها وهو خمسة وعشرون تقابل العبد الفائت، فيتمسك بها ويحاص بالخمسة والعشرين الباقية من ثمنه، والخمسة والعشرون الأخرى المقابلة للعبد الموجود الذي لم يفت هو بالخيار بين أن يردها ويأخذ العبد، أو يتمسك بها ويترك العبد، ويحاص بالخمسين الباقية من ثمنه.

ومذهب **الشافعي** أنه يكون الخمسون المقبوضة مقابلة العبد الفائت كلُّها، وتبقى الخمسون في مقابلة العبد الحاضر، فيكون بالخيار إن شاء تركه وحاص بثمنه، وإن شاء أخذه وسقط عن المشتري ثمنه وهو الخمسون الباقية.

وكأن **الشافعي** رأى أن البائع إذا باع سلعة وقبض نصف ثمنها فجعلنا المقبوض لا يرد، وهو في مقابلة نصف السلعة، واختار ألاّ يحاص فإنه يكون شريكاً في العبد فيما يكون من حقه أن يرده كله أو يكون من حقه أن يرد بعضه.

وكان **مالك** قدر أن الشركة تصيّر العبد معيباً فيلحق المشتري من ذلك الضرر. وإنما جعل البائع من المفلس أحق بعين سلعته لإزالة الضرر عنه فلا يزال الضرر بضرر يلحق المشتري.

وأصحاب **الشافعي** ينفصلون عن هذا بأن هذا الضرر قد لا يلحق، لكون الشركة إنما يقع الضرر فيها مع استدامتها، وهذا المفلس يباع ماله فلا يلحقه الضرر، ولو لحق ضرر بانتقاص الثمن لأجل الشركة، فذلك يسيرٌ، وضرر البائع

أخذه، واتبع المفلس ببقية الثمن، لأنه إذا اختار الفسخ تعلق حقه بارتجاع الثمن فإنما يحاصّ به، وإن اختار إمضاء العقد تعلق حقه بما اشتراه فيحاصّ بقيمته.

ولو اختار التمسك بالقيمة فحصل له في المحاصّة مقدار من المال، فتغيرت بعد ذلك أسعار الإجارة، فإن ذلك حكمه كما سبق فيمن أسلم في طعام ففلس المسلم / إليه، فإنه يحاص بماله في الذمة، ويوقف ما صار له في الحصاص حتى يشترى له بعض الدين الذي في الذمة.

فلو علا السعر حتى صار يشتري له أقل ممّا يشتري له يوم الحصاص، لم يكن له نقض ما تقدم من حصاص وقسمة بين الغرماء الذي هو أحدهم.

ولو تغير السعر برخص حتى صار يشترى له أكثر مما كان يشتري له يوم قسمة المال بين الغرماء، لكان الفاضل عما يشترى له ممّا اقتضاه السعر يوم قسمة المال للغرماء، ويدخل معهم فيه، ويصير كمال طرأ للمفلس فإن غرماءه يتوزعونه وهو أحدهم.

وذهب **ابن الماجشون** إلى أن هذا الفض الذي حدث بمقتضى اختلاف الأسعار يستبدّ به هذا الغريم الموقف له المال، ويشترى له ما بقي له في ذمة المفلس، بناء على أصله، فإن مصيبة ما وقف من ذلك ممن له الدين. وإذا كان ضمانه منه فنماؤه له يحسب من دينه.

ولو كانت المنافع التي اشتريت منافعَ رجل بعينه لم يكن لمن اشتراها مدخل[1] للصانع من الأموال إذا فلس / بل تكون أمواله لغرمائه الذين يستحقون عليه المال.

وأما الذي استأجره فإنما استحق حركاته فلا يتعدى ما استحقه إلى أن يكون له نصيب من ماله. ولكنه من حقه أن يجبر الصانع المفلس على أن يعمل له ما استأجره عليه.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فيما.

بعادةٍ جرى ذلك على القولين فيمن فرغ من صنعته ثم ضاع المصنوع ببينة بعد فراغ العمل فيه، قولان: أحدهما أنه يستحق الإجارة بفراغه من العمل، بناء على أن الثوب[1] قبض الصنعة لما فرغ الصانع منها وأكملها، فصار قبض الثوب لها كقبض مالك الثوب. ولو وقع التفليس بعد أن سلّم الصانع لأربابه لكانوا أسوة فيجري على هذه الطريقة إذا قلنا: إنهم أسوة وقلنا إن الصنعة إذا كملت في الثوب صار ذلك كقبض مالكه الثوب، إلا أن يكون الصانع له إمساك الثوب حتى يستوفي الأجرة.

وهذا التخريج قد يُتعقب بكون من باع سلعة فمِن حقه إمساكها حتى يأخذ الثمن. وليس هذا الحكم بمقتضى العادة، وإنما هو بمقتضى الشرع على ما أدى إليه النظر من ذهب إلى أن المشتري / يقدَّم بدفع الثمن قبل أن يقبض المبيع. ومن سلك هذا فلم يستند إلى العوائد إلى[2] ما ذكرناه من كتاب البيوع.

وإذا كان الأمر كذلك فليكن ذلك الرهن شرعاً والرهن من حق مرتهنه أن يمسكه حتى يستوفي دينه في الفلس وفي الموت، فيكون ما ذكره أهل المذهب من هذا جارياً على هذا الأصل الذي قدمناه سواء كانت عادة أو لم تكن، وسواء كان الثوب كالقابض للصنعة أو لم يكن، لأن الثوب وإن كان قابضاً لها أيضاً مقبوض للصانع، فالصانع قابض للقابض فيكون من حقه أن يحبس الصنعة وما حلت فيه، وإن كان قابضاً لصنعته لأن الكل مقبوض في يده، فلا يجري ذلك مجرى من أسلم[3] الثوب إلى ربه، لأن يده زالت عنه بالمشاهدة / فيحسن أن يقال: إنه أسوة، بخلاف ما لم تزل عنه يده، ولا عمّا حل فيه.

وأما الاختلاف في الإجارة فقد بيّنا على أنه من باع سلعة فضمانها منه حتى يمكّن المشتري من قبضها فيتركه باختياره. أو يكون يضمن المبيع بالعقد

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: صاحب الثوب.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: على.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: سلّم.

وأما إذا كان عينا قائمة، فيصير المبيع غير فائت فيكون أحق به على جهة الشركة كما يكون بالسلعة المنفردة إذا باعها وفلّس مشتريها.

وقيل: بل يكون أحق بسلعته وإن كانت قصارة / أو حياكة[1]، على حسب ما حكيناه من كون[2] أحق بما دفعه وهو عين قائمة غير متميزة، فيكون شريكاً بذلك. وهذا القول وقع على الإطلاق، ولم يفترق[3] غير من ذهب إليه من كون الصنْعة عيناً قائمة[4] وليست بعين قائمة، لأن العمل المستأجر عليه قد فُرِغ منه، وعُدِمَ وَفَاتَ في نفسه، فلا فرق بين ما يكون عنه من عين قائمة أو غير قائمة.

وقد أضيف إلى هذا القول الذي حكيناه فيما ليس بعين قائمة كالخياطة والقصارة والصبغ فذكر القولان فيما سلّمه الصانع من قصارة أو خياطة أو صبغ: هل يكون أسوة في الجميع أم لا؟ وإضافة الصباغ إلى هذا النوع الذي هو القصارة والخياطة فيه نظر، لأن المعروف من المذهب أن الصباغ يجري مجرى العين القائمة، وإن كان لا يمكن انفصاله. وقد قدمنا الكلام على الصانع إذا صبغ الثوب ودفعه إلى ربه أنه يكون شريكاً بما زاد فيه الصبغ ويحاص ببقية ما سمي له من الإجارة التي عقدا عليها.

واعترض بعض الأشياخ الحذاق هذا بأن الجمع بين كونه شريكاً بما صبغ ثم طلبه المحاصة بما بقي من الإجارة كالمخالف لأصل المذهب، لأن من اختار أخذ سلعته ناقصة لا يحاص بما انتقَصَ منها.

وقد يدافع عندي هذا الاعتراض بأن لمن أخذ سلعته ناقصة فقد أخذ ما باع بعينه وفسخ البيع رضاً به عمّا له في الذمة.

---

(1) في المدنية: خياطة.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: كونه..
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يفرّق.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أو.

وهذا إذا أخذ ما زاد الصِّباغ على قيمة الثوب أبيضَ، فإنه أخذها[1] هو أحق به من الغرماء، لكون ما زاد الصباغ في الثمن كعين قائمة هو أدخلها في مال المفلس فيكون أحق بها، ثم يضرب ببقية ما سمي له من الأجرة، فكأنه إنما أمضى عليه عقد الإجارة، واختص منه بقدر ما زادت صنعته دون غيره من الغرماء، وبقي بقية التسمية، تُطلب بها الذمة، فيحاصّ بها.

ولو وقع التفليس في شراء منافع ظهور الدواب أو بطون السفن، فإنه إذا فلس المكتري كان صاحب الدابة وصاحب السفينة أحق بالمحمول على دابته أو في سفينته، سواء كان رب الدابة والسفينة مصاحباً لدابته أو سفينته أو لم يكن مصاحباً لها.

فأمّا إذا كان مصاحباً لذلك فكان جائز[2] لما حمله. والصانع قد قدمنا أنه أحق بالمصنوع إذا كان في يده لم يسلّمه إلى ربه، لكونه كالرهن، فكذلك صاحب الدابة / يكون أحق بما على ظهرها إذا لم يسلمه إلى ربّه.

وأما / كونه أحق، وإن لم يكن مصاحباً لدابته، فإنه قدر أن ظهر دابته وبطن سفينته نابا عن حَوْز يده، وكأن رب المتاع المحمول لما سلم ذلك إلى الدابة والسفينة فكأنه سلمه إلى مالكها. لكن **عبد الملك بن الماجشون** ذكر قولاً مبسوطاً محصوله: أنه من سلم إليه شيء انفرد به، وبعُد به عن صاحبه، وفوّض أمره إليه، فإنه يكون أحق به كراعي الماشية إذا سلمت إليه وفوّض أمرها لتدبيره، وزالت يد صاحبها عنها، أو استؤجر لطلب آبق فحصله في يده، أو على جلب مال من بلد فجلبه وحصل في يديه، فإن هذا، وما كان في معناه، يكون حائزه أحق به. وأجراه مجرى الرهان لأن[3] الحَوز.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أخذ مَا.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حَائزاً.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لأجل.

وهذا القول منه قد يشير إلى أن من حمل متاعاً على دابته ولم يصاحبها، **وإنما** صحبها صاحب المتاع، فإن رب الدابة لا يكون أحق يعدم[1] الحوز. **وقد أشار** ابن **المواز** إلى قريب من هذا المعنى: من استأجر بقراً يدرس بهم[2] **في الأندر** فإن صاحب البقر إذا درس بها وانقلب ليلاً وترك الطعام في الأندر **فإنه أحق به** لأن الأندر لا ينقلب به، ولا هو مما ينتقل. بخلاف صانع يعمل لك **نهاراً في** بيتك، ثم انصرف ليلاً فإنه لا يكون أحق بالمصنوع مما يصح **الانقلاب به**، فتركه بيد صاحبه مع القدرة على نقله يشعر بعدم الحوز.

ولو كان المكترى داراً لم يكن صاحب الدار أحق بما فيها من **المتاع إذا** وقع التفليس. وذلك أن الساكن بالدار هو الحائز لمتاعه الذي هو **فيها، ولا** مدخل لرب الدار أن[3] في حيازة هذا المتاع فلهذا لم يكن أحق به.

وذهب **عبدالملك بن الماجشون** إلى كونه أحق بما في الدار، **وقدر أن** الدار بها صون هذا المال وحفظه، فأشبه ما اتفق عليه المذهب من كون **مكري** الدابة أحق بما عليها والعلّة في ذلك كون الدواب والسفن إذا حملت **المتاع أو** الطعام من بلد إلى بلد فما ذلك إلا لطلب الأرباح، فيقدر ما زاد من **الربح بسبب** هذه النقلة كأن ربّ الدابة أفاده لرب المال وأعطاه إياه، فكان أحق به. **ولكن قد** يقتضي هذا التعليل الذي ذكروه أنه يكون أحق بالأقل ممّا زاد / السفر، **أو سمّيا** في عقد الكراء.

وذهب **عبد الملك** إلى أن أصحاب الدار أحق بما فيها من المتاع، **وإن** كان السكان انفردوا بحوزه. قد[4] يشير إلى خلاف ما أشار إليه بعض **أشياخي** من كون صاحب الدابة لا يكون أحق بما على ظهرها إذا لم يصاحبها **لأن المتاع**

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لعدم.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بها.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حذفها.
(4) أي: وهذا قد...

الذي بالدار لم يصاحبه أيضاً صاحب الدار، ولا له عليه حوز ولا يد. فهذا مما ينظر فيه تخريج مذهبه في المتاع المحمول على ظهر الدابة. هذا في تفليس المكتري.

وأما لو كان الذي فلس هو مكري الدابة، وكان الكراء في ذاته[1] بعينها، فإن المكتري أحق بها من غير خلاف، كمن اشترى سلعة معينة/ ففلس بائعها قبل تسليمها فإن العقد فيها لا يبطل بتفليس بائعها. وأمّا إنْ كان الكراء مضموناً، وإنما اكترى منه حمل متاع أو طعام مضمون عليه في ذمته، ووصوله إلى المكان الذي اكترى إليه، فإنه إن لم يسلم إليه دابة يركبها لم يكن أحق بشيء من دوابه. وإن سلم إليه دابته يركبها أو يحمل عليها فذهب **ابن القاسم** في **المدونة** على أنه أحق، وفي غير **المدونة** لم يكن أحق، ولو كان يدير[2] الدابة تحت الراكب. والقول الثاني أن الراكب لا يكون أحق.

فكأن المذهب الأول بناه على أنهٰ إذا سلم إليه دابته فكأنه عيّن حقه فيه[3]، فصارت كالمكتراة بعينها.

والمذهب الثاني قدّر فيه أن الكراء إنما[4] كان مضموناً فإنه لا يتعين على حال بدليل أن الدابة التي سلمت إليه لو ماتت في خلال الطريق لكان على ربها خلفها، فأشعر ذلك بأنها لا تتعيّن بالتسليم. والدابة المعينة إذا اكتريت وهلكت في الطريق فإن الكراء ينفسخ وليس على ربها خلفها.

وأمّا لو كان الكراء في أرض لزرع، فزرعها المكتري ثم فلس، فإن مذهب **مالك** وأصحابه أن صاحب الأرض أحق بذلك في الفلس لا في الموت.

وفي المذهب قول آخر: أن صاحب الأرض أحق في الفلس والموت.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: دابّة.
(2) هكذا في النسختين.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فيها.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لمّا.

وذهب **الشافعي** إلى أنه لا يكون صاحب الأرض أحق لا في الفلس ولا في الموت. ورأى أن الحديث الوارد بكون بائع السلعة أحق، قد اشترط فيه: إذا وجدها بعينها، وهذا إنما باع منافع / وقد فاتت وليست موجودة، فلا يكون أحق فات[1] لاستحالة وجود عين يشار إليها بأنه أحق بها.

وكذلك عنده لو اشترى ماء فسقى به الزرع، فإن صاحب الماء لا يكون أحق بالزرع. وكأن **مالكاً** وأصحابه قدّروا أن صاحب الأرض لما أكراها، ومعلوم أن ذلك الزرع الذي نَبْتُهُ فيها عنها[2] يكون وكأنه بعض أجزائها صار صاحب الأرض وكأنه بائع الطعام، وقد وجد طعامه بعينه، فيكون أحق به في الفلس وأسوة في الموت كمن باع سلعة بعينها.

ومن ذهب من أصحابنا إلى أنه يكون أحق في الموت أيضاً كما كان أحق في الفلس قدّر أن الزرع لِمَا يكون من الأرض وصارت الأرض كالحائزة له فحوزها له كحوز صاحبها، فكأن بائع هذا الطعام باعه ولم يخرج من يده، فيكون أحق به في الموت والفلس كما لو باع سلعة معينة ففلس مشتريها وهي في يد بائعها.

وأشار **الشافعي** إلى الرد على ما ذهب إليه **مالك** بأن من اشترى طعاماً فعلفه دابته فإن بائع العلف لا يكون له حق في الدابة، وإن كان بعض أجزاء الدابة تولّد عن العلف. وأشار أيضاً إلى أنه لا يوقف على حقيقة ما كان عن الأرض وعن البذر ولا يعلم حقيقة ذلك إلا الله سبحانه، فلما استحال العلم هنا بحقيقة / ذلك لم يمكن أن يُعلق الحكم بما لم نعلم حقيقته.

ولنا نحن أن نجيب عن هذا بأنه وإن لم نعلم حقيقة ذلك فإن التغليب في مثل هذا مما جرى في الشرع أمثاله، فنغلب ها هنا حكم الأرض لأن ما نبت

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بما فات.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: تولّد عنها.

فيها الغالب أنه مضاف أكثره إليها وأقله إلى الزرع المحصود لرب الأرض تغليباً لكون المتولد عن بذر الغاصب هو الأقل والمتولد عن أجزاء الأرض هو الأكثر. فإنما يبقى النظر في صحة هذا التغليب.

وكذلك مذهبنا أن الأجير في خدمة الزرع أحق به في الفلس دون الموت. وعلى القول الآخر هو أحق به في الفلس والموت.
والتعليل في ذلك كالتعليل الذي قدمناه في كون صاحب الأرض أحق بالزرع في الفلس خاصة، وفي الموت على القولين.

وكذلك لو استدان الزارع ديناً أحيى به زرعه، فإن صاحب الدين يجري مجرى صاحب الأرض ومجرى الأجير في خدمة الزرع.

ولو اجتمع أجراء ولكن استؤجر واحد وانصرف ثم استؤجر آخر/ لكان الآخر أحق بالزرع من الأجير الذي عمل قبله.

وقيل يُراعى أكثرهما عملاً فيكون أحق بالزرع وقيل يتحاصان.

فكأن من قدَّم الأخير رأى أنه أحيى الزرع ولولاه لم ينتفع بعمل الأول وبطل، فكان لذلك أحق به. فإن فضل عنه شيء كان ذلك الأخير[1] للذي قبله.

ومن راعى الأكثر سلك مسلك التغليب في هذه الأمور إذا اختلطت كما ذكرناه الآن. ومن قال بالمحاصة رأى أن ذلك مما لا يتميز مقدار المنفعة بعمل أحدهما دون الآخر فكانا شيئين[2].

وكذلك لو استدان ديناً يحيي به زرعه ثم استدان ديناً آخر فإن الدين الآخر أحق مما قبله.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حذفها.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: شريكين.

ولو اجتمع أجير وصاحب الدين الذي أنفق في الزرع لكان الأجير أحق من صاحب الدين هكذا رأى بعض الأشياخ.

لكن الذي وقع في **العتبية** أن من استدان ديناً فزرع، ثم استأجر أجيراً فعجز فاستدان ديناً للزرع، فإن صاحب الدين الأخير أحق لأن به حيي الزرع وتمّ، (وموجير الذي قبله)[1] ولولاه ما تمّ الزرع كان الأجير أولاً أو آخراً فإن الآخر يكون أحق.

وقال الشيخ **أبو محمد**: هكذا في أصل الأمهات للأخير. فأصلحته أنا: الأجير. وإصلاحه هذا يصيّر الكلام غير مرتبط بعضه ببعض. وأيضاً ما في الأمهات لا يظهر غلطاً بل يمكن أن يريد: فإن الأخير الذي أخذ منه الدين أوْلى. وإليه أشار بقوله: الآخر مقدم لأنه أحق، وقدم ذكر دين بعد دين، وذكر في السؤال أن بالدين الآخر حيي الزرع. فأشار في أول السؤال إلى أن ربه عجز عن إحيائه. وهذا كله يقتضي أن الذي حيي به الزرع أوْلى وأحق.

ولو اجتمع أجير وصاحب الأرض ومن ارتهن الزرع فإن الأجير وصاحب الدين[2] يقدمان على من بيده الزرع رهناً لكون الزرع/ بعملهما وجد من مالهما. فإن فضلت كانت للمرتهن.

وعن **مالك** روايتان في اجتماع صاحب الأرض والأجير في الزرع، فروي عنه أن صاحب الأرض مقدم على الأجير، وإنما يأخذ الأجير مما فضل كراء[3] صاحب الأرض تغليباً لحكم الأرض على حكم العمل في الزرع.

والرواية الثانية عن **مالك**: أنهما يتحاصان لأن ما نبت من الزرع لا يوقف على حقيقة ما كان/ من عمل الأجير (وعن الأحق الأرض)[4]. ولو اجتمع مع

---

(1) هكذا في النسختين.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الأرض.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: [عن] كراء.

(4) ما بين القوسين هكذا في النسختين، والمعنى من حق صاحب الأرض.

صاحب الأرض أجير[1] وقلنا: إن صاحب الأرض والأجير يتحاصان، وأن الأجير الأخير مقدم على الأجير الذي قبله، لكان المنصوص في الرواية أن صاحب الأرض والأجير الأخير يتحاصان.

وقد يتخرج على طريقة أخرى أن الأجير يحاص صاحب الأرض بالأجير الذي قبله، لأن صاحب الأرض لو انفرد مع الأجير الذي قبله لحاصه، فإنما منع من محاصة الأجير السابق لرب الأرض هذا الأجير المتأخر، فلهذا المتأخر أن ينفرد بسهم هذا الأجير الذي قبله ويحاص به رب الأرض، كما تقول في جد وأخ شقيق: إنهما يقسمان المال نصفين، فلو كان مع الأخ الشقيق أخ لأب أخذ الشقيق ثلث المال وأخذ الجد ثلثه لأن الشقيق يقول للجد: لو انفرد معك الأخ للأب لقاسمك في المال، وإنما عصمك من أن يقاسمك المال وجودي أنا فتكون أحق بما منعك هذا الأخ للأب أن يأخده منك[2].

قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب رحمه الله: **وإذا جمع الحاكم مال المفلس ليبيعه، فتلف قبل بيعه، فتلفُه من المفلس. فإن باعه فتلف ثمنه فالتلف من الغرماء، وقيل من المفلس.**

وإذا ادعى المديان الفلس، ولم يعلم صدقه ولا ظهرت أمارة بصدقه[3]، لم يقبل منه، وحبس إلى أن يتبين[4] أمره ومدة الحبس غير مقدرة، وهي موكولة إلى اجتهاد الحاكم. فإذا ثبتت عسرته خلّى سبيله، ولم يكن للغرماء مطالبته، ولا إجارته ولا أخذه بعمل صنعة يكتسب منها، ولا استئناف (تملك إلى أن يوسر)[5]. وكل دين ثابت في الذمة يستحق المطالبة

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أجيران.
(2) هي من مسائل المعادّة: يحاسب الشقيق الجدّ بالأخ للأب، فيستحق الجد الثلث، ويعود الشقيق على سهم الأخ للأب فيأخذه، لحجبه.
(3) في (م): تصدّقه. وفي الغاني: لصدقه.
(4) في (م) والغاني: ينكشف.
(5) في الغاني: بملك إلى أن يوسر.

به[1]. [2].

قال الفيه الإمام رحمه الله: يتعلق بهذا الفصل عشرة أسئلة، منها أن يقال:

1 ـ ممن يكون ما ضاع مما وقف من مال المفلس.

2 ـ وما حكم الاستدانة: هل هي جائزة أم لا؟

3 ـ وهل إذا ثبت عسر الغريم ومنع القاضي من مطالبته: فهل يمنع الغرماء من ملازمته؟

4 ـ وهل لهم أن يستأجروه في ديونهم؟

5 ـ وهل تقبل دعواه الفقر أو لا؟

6 ـ وما حكم الغلط في القضاء للديون؟

7 ـ والغلط في بيع الورثة لتركة المديان؟

8 ـ وما حكم من سكت من الغرماء عن القيام بالتفليس وقد قام به أصحابه؟

9 ـ وما حكم إقرار المريض بالدين؟

10 ـ وما حكم إقرار أحد الورثة بدين على من يرثه؟

فالجواب عن السؤال الأول أن يقال: روي عن **مالك** فيه/ ثلاث روايات:

أحدها: أن ضمان كل ما ضاع مما وقف من مال المفلس لغرمائه من المفلس حتى يصل ذلك إلى أصحاب الدين هذه رواية **أشهب** عن **مالك**، وأخذ

---

(1) (به) ساقطة في الغاني.

(2) في (م): يستحق المطالبة به لم يحبس فيه وفي الغاني: يستحق المطالبة به فإنه يحبس فيه.

بها **ابن عبد الملك** وسواء في هذه الرواية كان المال الموقوف عيناً أو عرضاً أو غير ذلك من أنواع الأموال.

وروى **عبد الملك بن الماجشون** أن ضمان هذه الأجناس من الأموال من الغرماء الذين وقفت لهم عيناً كان أو عرضاً، ويضمن ذلك من حضر من الغرماء أو غاب، ومن علم ومن لم يعلم، يضمن بقدر نصيبه. وبهذا المذهب أخذ **ابن المواز**.

وروى عنه **ابن القاسم** أن ما كان من العين دنانير أو دراهم وجدت بعينها فيما وقف عليه، أو صارت ثمناً لما بيع عليه، فإن ضمان ذلك من الغرماء، وما كان عرضاً أو غيره سوى العين فضمانه من المفلس.

هذه الثلاث روايات مشهوراتٌ عن **مالك**. وذكر عن **المغيرة** قولاً رابعاً: إن ما كان من الدنانير يختص بضمانه من الغرماء من كان دينه دنانير، وما كان من الدراهم اختص بضمانه من له الدراهم. وذكره **ابن الجلاب** عن **عبد الملك**.

والمعروف الثابت عندنا عن **عبد الملك** ما قدمنا حكايته عنه، كما ذكرنا عن **المغيرة** أيضاً هذا المذهب وقد ذكر عنه وعن **ابن وهب** و**مطرف** أنهم يقولون بما روان **ابن القاسم**.

وكذلك اختلف النقل عن **أصبغ** هل يقول بما رواه **ابن القاسم** أو بما رواه **ابن الماجشون**؟

وجملة الأمر أنه قد تقرر أن الديون في ذمة الغريم، وأن عليه توفيتها بكل ما يكال ويوزن ويصيرها معينة لمستحقها ممكّناً منها.

وهذا يقتضي تصحيح ما رواه **أشهب**.

ولكن هذا الوقف لهذا المال لا منفعة فيه للغريم وقد حيل بينه وبينه ومنع منه لأجل الغرماء وتحصيل منفعتهم به، فيجب أن يكون الضمان ممن له

المنفعة. وهذا يقتضي تقوية ما رواه **ابن الماجشون**. وكأن **ابن القاسم** رأى أن العين مهيأ لتناول الغرماء له، لم يبق فيه من حقهم إلا قسمته بينهم، وتمييز حق من حق، والقسمة ليست ببيع على أحد الطريقتين، فلهذا ضمنوا العين، بخلاف/ العروض فإنها تفتقر إلى أن تباع وتصير أثماناً فيقسم بينهما[1] الثمن. فكان ضمانها من المفلس لكون العروض لم يستحقوا أعيانها.

فإن قيل: فمن كانت ديونه عروضاً إنما يستحق العروض؟ قيل: إنما يستحق أن يضرب له بقيمة العروض، وقيمتها من العين، ثم يشترى له بما وقع له في المحاصة مثل عروضه التي هي له في ذمة الغريم، فقد صار حقه في الدنانير والدراهم دون العروض، فشارك غيره من الغرماء في ضمان العين. وكأن **المغيرة** سلك الطريقة التي أشرنا إليها إن ثبت نقلها عنه، ورأى أن من له الدنانير يختص بضمان الدنانير دون من له/ الدراهم فإنه يختص بضمان الدراهم، لأن كل واحد منهما لا يستحق خلاف العين التي له في الذمة إلا بأن تباع له بالجنس الآخر إن كان دنانير بيعت بالدراهم وإن كانت دراهم بيعت بالدنانير. فإذا افتقر إلى المعاوضة أشبه العروض التي تفتقر إلى البيع. ولهذا قال، فيما حكيناه عنه: وأما العروض فمن المفلس. وكان طرد هذا التعليل يوجب أن يكون من له طعام ووجد من مال المفلس مثله فإنه يكون ضمانه منه.

وقد حكى **ابن المواز** أن **ابن القاسم** فلو[2] قيل له: فلو أخذ المفلس من العين الموقوف ما اشترى به سلعة فربح فيها؟ فقال: يكون الربح له يقضي منه دينه، فقيل له: كيف يكون له ربح ما ضمانه من غيره؟ فسكت.

وعندي أن له أن يقول: فإن المال إذا حيل بينه وبينه فتعدى على الدنانير فتَجَر فيها فإنها باقية في ذمته بالتعدي، وإن كانت برئت ذمته منها لو لم يتعد. ومن تعدى على دنانير أو دراهم فتجر فيها فالربح له لأجل تعديه. وهذا يدفع

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بينهم.
(2) هكذا في النسختين، والصواب حذفها.

المناقضة التي نوقض بها دفعاً ظاهراً. ولعله إنما سكت استثقالاً» للمعارضة التي هي كالمناقضة، والله أعلم.

وإذا تقرر الخلاف ومنشؤه من جهة النظر، فإنه لو بيعت دار على مفلس بمائة دينار ليقضي ثمنها في دين عليه، وهو مائة دينار، فضاع الثمن من يد أمين القاضي، فإن ضمانه، فيما حكاه **ابن المواز** عن **ابن الماجشون وأصبغ**، من الغرماء، وعليهم يرجع مشتري الدار إذا استحقت من يديه، ويقدر كأنهم قبضوا الثمن من قبل ضياعه وضاع وهو في أيديهم، فيكون للمشتري الرجوع بثمن ما استحق عليهم. ولو وجدهم فقراء والمفلس قد صار في يديه مال لكان أحق به من الغرماء لكونه إنما يأخذ ذلك من يد المفلس عنهم إذا بقي من ديونهم على المفلس ما يأخذ هذا الثمن الذي دفع منها، ولا يكون أسوة في هذا بل يقدم عليهم لكونه إنما يأخذ ذلك عنهم. فهكذا حكى **ابن المواز** عن **ابن الماجشون**.

وفي **كتاب ابن حبيب** أنه يرجع من استُحِقَّت الدرا من يده على المفلس، فإن لم يجد له مالاً رجع على الغرماء.

وأما على رواية **أشهب** فإنه إنما يرجع على المفلس لكون الضمان منه حتى يصل الغرماء إلى حقوقهم، وهم ها هنا لم يصلوا إليها.

وقد اختلف قول **الشافعي** في هذا المعنى فقال، فيمارواه **المُزني** عنه: إن المشتري الدار يرجع على المفلس التي بيعت عليه الدار بالثمن الذي دفع، ويقدم على غيره من الغرماء، روى عنه **حرملة والربيع** أنه يكون أسوة الغرماء.

وهكذا قال **أشهب**، من أصحابنا، أنه يكون أسوة الغرماء، خلافَ ما ذكرناه عن **ابن الماجشون** ولكن **ابن المواز** أشار إلى طريق يرجع بها على الغرماء، وهو كونه يأخذ ذلك من/ الغريم (قضاء عنهم مما بقي لهم على الغرماء من ديونهم)[1].

---

(1) ما بين القوسين هكذا في النسختين.

ولكن قول **الشافعي**: إنه يقدم عليهم، نَحَا به طريقه أخرى، وذلك أن من يتولى بيع مال المفلس بإجارة يقدم في أخذها على الغرماء، لكون ذلك مصلحة لهم، وبسعي هذا الأجير يتوصلون إلى ديونهم وكذلك ها هنا من المصلحة لهم أن يقدم مشتري هذه الدار عليهم، حتى يثق من يشتري شيئاً من مال المفلس على يد القاضي أنه لا يخسر ويقدم على الغرماء. وإذا لم نقل بتقديمه، وجعلناه يحاصّ الغرماء إذا استحق ما في يده، وقف الناس على[1] شراء ما يبيعه القاضي على المفلس.

وأما القول الآخر الذي ذهب إليه **أشهب**، وهو أحد قولي **الشافعي**، من كونه أسوة مع كونه ديناً كالطارىء بعد الحجر، فإنما كان ذلك كذلك لكون هذا الدين يثبت في ذمة المفلس بغير اختياره، ولا دخل على أن يؤخر حقه في الرجوع على صاحب الدار عن حقوق الغرماء الذين سبقوه. بخلاف ما لو عامله رجل بعد الحجر عليه، فإنه لا يحاص الغرماء في المال الموقف ليباع/ لهم، لأنه عامله باختياره على أن يكون الثمن فيما يكتسبه منَ مال غير ما حجر عليه فيه.

والجواب عن السؤال الثاني أن يقال:

قال الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾[2]، فهذا يعم الدين كله، سواء كان من قرض أو بيع، **وقد استدان النبي عليه السلام ورهن درعه**، ولكنه مع هذا شدّد في وجوب القضاء، وخاطب الطائفتين جميعاً: مَن عليه الدين ومَن له الدين وذكر ما يدل على منع المطل به مع الغنى، وبالغ في التحضيض على القضاء، وذلك أنه كان لا يصلي على من مات وعليه دين، وما ذلك إلا لعلمه ﷺ بعظيم موقع صلاته على الميت، وعظيم الانتفاع بها في الآخرة، وشدة التأسف على ترك صلاته على من لم يصل عليه وهذا من أعظم الدواعي لهم إلى أداء الديون التي عليهم. وقد قال ﷺ:

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: عن.

(2) البقرة: 282.

«إن صاحبكم محبوس دون الجنة بدين عليه»[1] **في رجل استشهد.**

لكن أصبغ حمل الأحاديث الواردة في التشديد في الدين على أنها منسوخة، وأنها كانت قبل أن يفرض الله سبحانه الزكاة، ويأمر أن يقضي بها عن الغارمين، فصار بعد ذلك الإثم على السلطان إن لم يقض عن الميت دينه دون أن يكون في ذلك إثم على من مات معسراً، إلا مَن ادان في سرف أو فساد.

وذكر نحو ذلك عن ابن شهاب، وأكد ذلك بقوله عليه السلام: **«من ترك مالاً لورثته»**[2] وفي رواية: **«من ترك الكل للعيال التقيد ومن ترك ديناً فعلينا دينه»** فقال رجل: **يا رسول الله فمن لنا بعدك؟** فقال ﷺ: **«يأخذ الولاة بكم بمثل ما يأخذكم به/ لغرمائكم يوم القيامة»**[3]، ثم صار رسول الله ﷺ بعد ذلك يصلي على من مات وعليه دين.

وروي: أن **معاذاً** لما خلعه رسول الله ﷺ من ماله لغرمائه، وبقي لهم فقالوا: يا رسول الله، كيف بالتباعة؟ فقال عليه السلام: **«لا تباعة في الدنيا ولا في الآخرة»**[4] يريد بالتباعة الإثم.

وروي: **«أن من ادّان ديناً ينوي قضاءه أداه الله عنه وإذا لم ينو قضاءه أتلف الله»**.

وفي حديث آخر: **«إذا مات أخذ من حسناته وإن كان ينوي قضاءه فالله قادر أن يرضي عنه غريمه،** وروي: **أنه من ادان في غزو أو حج أو كفن ميت لا كفن له أو في صلة رحم أو نفقة/ على العيال أو في نكاح لخوف العنت فعلى الله سبحانه، وعلى ولاة المسلمين أن يقضوا عنه»**.

---

(1) مسند أحمد: 4/136 ـ 5/7، 20.

(2) فتح الباري: 11/444.

(3) الطبراني عن سلمان: انظر السيوطي: رواه مختصرًا جامع الأحاديث: 6/332 ـ حد 1628 2.

(4) أقرب صيغة لهذا الحديث ما رواه البيهقي عن جابر. انظر: السنن الكبرى: 6/50.

وفي حديث آخر: «**قضى الله عنه يوم القيامة** وهذا كله تشديد في الديون وتحذير من ترك قضائه وخاطب أيضاً طالبها من جهة أخرى بالرفق والمسامحة، فقال: «**أحب الله عبداً باع سمحاً، إذا قضى سمحاً، إذا اقتضى سمحاً**» وقال: «**ليأخذ حقه في عفاف واف**»[1] أو غير ذلك وروي أنه عليه السلام قال: «**من سره أن يفرج الله كربه ويعطيه سؤله**» وفي حديث آخر **أن يظله الله في ظله فلينظرمعسراً أو يخفف عنه**» إلى غير ذلك مما أضربنا عن ذكره مما تعلق بهذا الحديث.

والجواب عن السؤال الثالث:

قد قررنا أن القاضي إذا رُفع إليه مَن عليه دين كان عليه أن يمكّن غرماءه من استيفاء حقوقهم، فإن تنصل منها الغريم وقضاها فلا مقال (له عليه الدين)[2].

وإن امتنع من ذلك باع عليه ما ذكرناه، وكشف عنه، فإذا ثبت عسره أطلقه، ومنع الغرماء من مطالبته، حتى يجد ما يقضي منه دينه، وليس لهم بعد ذلك أن يلازموه عند **مالك والشافعي**.

وقال **أبو حنيفة**: بل لهم ملازمته واتباعه والتصرف معه حيث يتصرف، ويدورون معه حيث دار، ورأى أن ثبوت إعساره إنما يستوفي عنه مطالبتهم، وأما كل ما يؤدي إلى عشورهم[3] على مال يأخذون منهم[4] حقوقهم فلا يمنعون منه. وهم إذا منعوا ملازمتها[5] أمكن أن يكسب مكسباً يخفى عنهم، فصار المنع من ملازمته يؤدي إلى إبطال حقوقهم.

---

(1) جزء من حديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: 6: 53.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لمنْ له عليه الدين.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: عثورهم.

(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: منه.

(5) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ملازمته.

ويحتج أيضاً برواية زياد عن أبيه حبيب أنه قال: **أتيت بغريم إلى النبي ﷺ فقال لي: «الزمه» ومرّ بي بعد ذلك وأنا معه فقال لي «ما فعلت يا أخا تميم مع أسيرك»**[1] **وهذا أمر بملازمة الغريم.**

وأجيب عن هذا بأنه لما وافقنا على أنه لا تجب مطالبته فكذلك لا تجب ملازمته، ألا ترى أن الدين إذا كان مؤجلاً فليس للغرماء أن يلازموا الغريم وإن قرب الأجل لما كانوا لا يستحقون المطالبة، فلهذا لم يستحق[2] الملازمة وأما حديث حبيب، فهي قضية في عين لم يذكر سببها، ويمكن أن يكون أراد الملازمة حتى يثبت دينه عليه، أو حتى/ يخاصمه بين يديه. وإذا احتمل ذلك لم يكن **لأبي حنيفة** حجة في هذا الحديث مع احتماله.

ولنا عليه ما روي: **«أن رجلاً/ أصيب في ثمار ابتاعها، على عهد النبي عليه السلام، فكثر دينه فقال عليه السلام: «تصدقوا عليه» فلم يبلغ وفاء دينه فقال ﷺ: «خذوا ما وجدتم ليس لكم إلا ذلك»**[3].

وقد روي **«أن معاذاً كثر دينه فلم يزد النبي عليه السلام غرماءه على أن خلع لهم ماله»**[4].

والجواب عن السؤال الرابع أن يقال:

قد قدمنا القول فيما يباع على الغريم إذا حكم بفلسه. وكان من حق هذه المسألة أن تذكر هناك، لكن تَوَخَّيْنَا موافقة الترتيب في المدونة.

فعند **مالك والشافعي وأبي حنيفة** أن المفلس لا يؤاجر في الدين.

---

(1) أخرجه البيهقي عن هِرماس بن حبيب عن أبيه عن جده: انظر السنن. ج 6 - ص 52/53.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يستحقوا.

(3) البيهقي: السنن: 6/ 49 ـ 50.

(4) البيهقي: السنن: 6: 50.

وذهب بن عبد الله قاضي الكوفة **وعبيد الله بن الحسين العنْبري وأحمد وإسحاق** إلى أنه يؤاجر في الدين إذا كان يكتسب ما يفضل عن نفقته.

ونحن نقول: إن الله سبحانه قال: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾[1] والمفلس وإن كان قادراً على الاكتساب بخدمته فهو ذو عسرة، والله سبحانه حكم فيه بأن يؤخر إلى نظرة وجَبْره على أن يؤاجر نفسه ليس هو التأخير إلى نظرة.

وذهب المخالفون في ذلك إلى التعلق بما روي أنه عليه السلام «**باع سراق**[2] **في دين عليه**»[3]، وروي أنه «**باع حراً في دينه**[4]»، **وهذا الحديث لا بد للمخالف أن يضمر فيه إضماراً إذا وقع الاتفاق على أن الحر لا تباع رقبته في الدين**.

وإذا ثبت الافتقار إلى إضمار فأضمروا هم في قوله «**باع حرا**» **في دينه**» أنه أراد: باع منافعه.

ولنا نحن أن نضمر أنه أراد به: باع ماله. وأيضاً فإنا نقول: يمكن أن يكون رضي الحر بأن يؤاجَر في الدين. ونحن لا نمنع من ذلك إذا رضي بها الحر، وإنما نخالف من ذكرنا مذهبه في أنه لا يجبر على ذلك إذا امتنع.

وأما قوله «**باع سرقاً في دين**» فيحتمل تأويلات ثلاثة، وهو: أن يكون هذا الرجل عبداً، ونحن نسلم بيع العبد في الدين.

لكن لهم أن يقولوا: أما تأويلك أن يكون المراد أنه آجره برضاه فتعسف لأجل أنه إذا كان رضي ذلك لم يحتج إلى أن يؤاجره النبي عليه السلام.

---

(1) البقرة: 280.

(2) هكذا في النسختين، والصواب: سَرِق. انظر البيهقي السنن: 6: 50.

(3) البيهقي: السنن: 6: 50.

(4) البيهقي: السنن: 6: 50.

قلنا: يمكن أيضاً أن يكون تولّى النبي عليه السلام ذلك ليقسم إجارته على غرمائه، إذ المحاصة بين الغرماء يفتقر فيها إلى التحاكم. وقد ذكر في حديث «سرق» تأويل آخر: أنه كان في أول الإسلام، وكان الحر يباع في الدين حينئذ.

وذكر/ بعض العلماء أن زيد بن أسل قال: **«لقيت رجلاً بالاسكندرية سميًا بهذه التسمية، فسألته عنها، فقال: إني قدمت المدينة وذكرت لهم أن مالي سيلحقني، فعاملوني، فلم يصل إليهم مال، فدفعوني إلى النبي عليه السلام فقال: «أنت سرق» وباعني بأربعة أبعرة، فاشتراني رجل أراد عتقي، فسأله الغرماء عن سبب شرائه لي فأخبرهم/ أنه يريد عتقي، فقالوا: لست بأرغب منّا في الخير فأعتقوني أجمعون»[1]. هذا معنى هذه الحكاية المروية. وقد انعقد الاجماع على أن الحر لا يباع في الدين فإن ثبت ما ذكر في هذا الخبر فقد كان ثم نسخ.**

وكان بعض أشياخي يحمل ما ذكرناه عن المذهب في هذا على أن ذلك في التجار الذين يعاملون على أموالهم وذممهم. وأما إن كان صانعاً صعلوكاً يعلم أنه لا يكتسب إلا من عمل يده فإنه إنما يعامل الناس عليه. فإذا استدان ديناً وفضل له من عمل يده ما يجب أن يصرف مثله (بمثله من المفلسين)[2] فإنه يجبر على التكسب من عمل يده، وإذا امتنع من ذلك استأجره القاضي ويصير عمل يديه ها هنا كمال التاجر الذي يعامل عليه. هذا إذا عومل بدين وأما لو استؤجر على شيء بعينه، مثل حياكة ثوب يحوكه بنفسه، فإنه يجبر على عمل ذلك وإن أدى إلى أن يقتات من تكرم الناس. وتصير هذه المنافع كأنه باع سلعة معينة فعليه تلسيمها وإن أضر ذلك به، ما لم يخش عليه منه تلف النفس لعذر القوت ولو تكفف الناس.

---

(1) البيهقي: السنن: 6: 50.

(2) ما بين القوسين ساقط من المدنية.

والجواب عن السؤال الخامس أن يقال:

إذا رفع الغريم للقاضي، وطلبه بقضاء ما عليه من ديون ثبتت عنده عليه، فادعى العجز عنها، فإنه يعتبر في ذلك وجهان:

أحدهما سبب الدين. والثاني: حال الرجل الذي عرف بها.

وأما اعتبار سبب الدين، فإنه إن كان الدين عن معاوضة مالية، كمن اشترى من رجل متاعاً أو ما في معناه من أنواع ما يتجر به، فلما طلب بالثمن وقد قبض المثمون وزعم أنه عاجز عن ذلك فإنه لا يصدق في ذلك بالاتفاق بمجرد قوله، حتى يظهر ما يدل على صدقه. وذلك أن الغِنَى مما يعلم قطعاً، والفقر مما لا يعلمه إلا الله سبحانه، ومَن يدعيه في نفسه. وأما سائر الناس ـ فتجوز عقولهم أن يكون عند الرجل مال أخفاه، لكن ربما كانت قرائن أحوال تبلغ إلى العلم ولكنها مما لا يمكن تنويعها وتقديرها، وهي أيضاً مما يندر ويشذ. واستصحاب الأصول هو مقتضى الشرع وقد علم أن هذا أخذ المثمونات/ فإذا ادعى الفقر قيل له: فأين المثمونات؟ فأظهرها ليأخذها أصحابها أو يأخذون أثمانها. وقد صار ها هنا كالمعلوم الكذب في ظاهر المظنون، فلهذا قلنا لا يقبل دعواه الفقر إلا أن يثبت ما يدل على صدقه من جوائح طرأت على ما في يده فعلمت بنظر فيها إذا ثبتت.

والنوع الثاني من أسباب الاستدانة أن يكون ذلك عن معاوضة ولكنها ليست بمالية، كمن وجب عليه صداق امرأة، فالصداق ثمن لمثمون ولكن المثمون مما لا يباع ولا يشترى.

ويلحق بذلك نوع ثالث وهو أن يكون الدين عن غير عوض لا مالي ولا غير مالي كنفقة الأبوين والأولاد، وكمن وجب عليه تقويم شِقص في عبد عتق نصيبه منه، فهذا قد يقع فيه/ إشكال، بخلاف ما كان عن معاوضة. فوقع في **المبسوط لمالك** رضي الله عنه ما يشير إلى أنه يصدق في دعوى الفقر لأنه قال:

إنما يفلس الرجل التاجر، وأما من كان ليس بتاجر ولا يتهم أن يكون أخفى مالاً فليس يفلس ولا يستحلف. فأشار إلى أن التجار إنما يُطلبون بديون عن معاوضة، فنحن نستصحب ما عرفوا به من المَلإ حتى يثبت خلافه، وإلى مثلهم تطرق التُّهم بأنهم أخفوا المال. وأما من ليس بتاجر وكان مشتهراً بالصعلكة وقلة ذات اليد، فالظاهر صدقه في دعواه الفقر، فيقبل ذلك منه.

وقد مال بعض الأشياخ الحذاق إلى ما هو المعروف من المذهب من أن دعوى الفقر لا يقبل من الغريم من غير التفات إلى سبب المداينة. وقال: إن الأغلب من الناس اليسار فهذا مسلك آخر وهو رد النادر إلى الأغلب والغالب عنده من الناس اليسار.

والطريقة الأخرى استصحاب الحال في كون من أخذ الأعواض فهي باقية عنده وأثماره أو عُرف بالمال فإنه يستصحب ذلك منه حتى يثبت خلافه. وبالجملة قد نبهتك على أن المطلوب من ثبوت الفقر غلبة الظن، إذ لا (يحتج القطع)[1] على باطن الأمر. وغلبات الظنون تختلف وتستمد من الالتفات إلى مجاري العادات في أمثال الأشخاص المدعين الفقر، وقرائن حال كل واحد بعينه، وإن لم يمكن ذلك فيه فيتلقى من مقتضى العوائد في أمثاله. فهذا الذي يجب أن يعتمد عليه.

ومما ينبني على هذا الأصل مما ورد في الروايات ما ذكره في **المبسوط** عن **عبد الملك بن الماجشون** من كون[2] وجب/ عليه تقويم بقية عبد قد أعتق هو منه نصيبه، فإنه يقبل منه دعواه عجزه عن القيمة التي وجبت عليه إن لم يكن له مال ظاهر، وقد سئل عنه جيرانه ومن يعرفه فقالوا: لا نعرف له مالاً ويحَلّف، وقال **سحنون**: جميع أصحابنا على هذا إلا اليمين فإنه لا يوجبونه. وقد قدمنا عن **مالك** في **المبسوط** أنه من ليس بتاجر ولا يتهم بإخفاء ماله أنه لا يفلس ولا

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يحتاج للقطع.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة: مَن.

يستحلف. وكأن من استحلفه قدر، أن أقصى أحوال هذه القرائن إن شرطنا بأنه صدق من دعواه الفقر. ولو شهدت بينة بفقره وإعساره فلا بد أن يستحلف خلافاً **لأبي حنيفة** في ذهابه إلى أن من شهدت بينة بكونه معسراً فإنه لا يستحلف مع شهادة البينة بذلك.

وبالغ في الإنكار عليه بعض العلماء وقال: إن الشهادة بالفقر إخبار بظاهر الأمر دون باطنه فلا بد من أن يحلّف على صحة ما ادعاه من باطن أمره الذي لا يصح أن يعلمه من شهد بفقره وهذا كمن استحق سلعة بشهادة بينة أنها ملك له، فلا بد أن يحلف: أنه ما باع ولا وهب لكون الشهود لا يعلمون هذا الباطن بل يجوز أن يكون باع أو وهب. ولأجل الالتفات إلى/ تصحيح ما ادعاه من الباطن أشار **مالك** إلى الوقف عن قبول شهادة من شهد بفقر رجل وإعساره، وهو معروف بالمال والملاء، وقال: من أين يعرف الشهود ذلك؟ إلا أن يكون اطلعوا على الأسباب التي ذهب ماله لأجلها، يشهدون بأمر يقطعون: وهو ذهاب ذلك المعلوم من المال.

وإلى هذا أيضاً ذهب **الشافعي** فقال: لا تقبل الشهادة بكون الرجل المعروف بالملاء معسراً، وتقبل الشهادة إذا ذكر الشهود أسباب ذهاب ماله. إلى هذا المعنى أشار **الشافعي**، وهو نحو مما أشار إليه **مالك**. وهكذا أيضاً مذهب **الشافعي** في مراعاة استصحاب الأصل الذي عليه الإنسان من غنى أو فقر. وهذا الاستصحاب في مثل هذا السؤال أشار إليه الشرع: فمن ذلك ما روي: **أن رجلين أتيا إلى النبي عليه السلام فسألاه في الصدقة، أعطيكما بعد أن أعلمكما أنها لا حظ لغنيٍّ فيها، ولا لذي مكسب فيها**[1]، فأعطاهما الصدقة تعويلاً على ظاهر أمرهما أنه لم يعلم لهما مالاً. وروي عنه أنه عليه السلام قال: «**لا تحل/ الصدقة لغني إلا لثلاث**» وذكر إلى أن قال: **ورجل ذكر أنه أصابته جائحة**

---

(1) مشكاة المصابيح: 1/57 ـ حد 1832.

عن قضاء هذا الدين، ومن كونه ممن يتجلد على الحبس، وهو عنده أخف من إظهار ما كتم من مال، إلى غير ذلك مما لا يكاد يحصى من قرائن الأحوال. فلكل نازلة حكمها، هذا هو التحقيق فيها. قال **عبد الملك بن الماجشون** من أصحابنا: يحبس في الدريهمات اليسيرة نصف شهر ونحوه، وفي الوسيط من ذلك الشهرين/ والثلاثة، وفي الكثير من المال الأربعة أشهر وهكذا نقل عن **أبي حنيفة**: إنما يحبس الشهرين والثلاث قولاً على الإطلاق. ونقل عنه أنه يحبس أربعة أشهر. وبعض أصحابه قال: أربعة أشهر حبس لمن كان غنيّاً، وما سواه لمن لم يكن كذلك. وبالجملة فلا يقوم على التحديد دليل، فإنما يعتبر فيه ما ذكرناه من حصول غلبة الظن بصدقه في فقره، أو يشهد له من يعلم كثيراً من باطن حاله كالشريك، والصديق، والمخالط.

وقد استدل بعض الناس على حبس الغريم بقوله تعالى: ﴿ومنهم من إن تأمنه بدينار لا يؤده إليك إلا ما دمت عليه قائماً﴾[1] وهذا في معنى الحبس.

ولو استدل بهذه الآية على حبس الغريم ما كنا قدمناه عن **أبي حنيفة** من كونه يرى أن الغرماء أصحاب الديون أن يلزموا غريمهم ويدورون معه حيث دار، لكان ذلك أولى من الاستدلال بها في حبس الغريم.

وإذا ثبت وجوب الحبس على الجملة بالتشديد فيه والتضييق والتسهيل فيه بحسب أيضاً ما تقتضيه غلبات الظنون، فيضيق في حبس **الملك**[2] المتهم بإخفاء المال المعروف بسوء القضاء ما لا يضيق فيمن كان بخلاف هذا الحال.

وقد اختلف المذهب في تمكين زوجته من الكون معه في الحبس بموضع يسوغ لها أن تكون فيه لتبيت معه أو لتخدمه، ولا يخرج لتمريض قريب إلا الأبوين والولد والأخوة ومن مثلهم في القرابة، ولا يخرج لمن سوى ما ذكرنا من القرابات.

---

(1) آل عمران: 75.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: المليّ.

فإذا اشتد مرضهم وخيف عليهم الموت فأراد أن يخرج ليسلم عليهم فإنه يؤخذ عليه كفيل ويمكن من ذلك. ولا يخرج بحج، ولو كان أحرم به لم يمنع ذلك حبسه وهو محرم، ولو كان قد نزل بذلك مكة أو عرفة لم يحبس لقرب الأمر في ذلك، ويؤخذ عليه كفيل ولا يخرج لصلاة الجمعة ولا العيدين.

وقال بعض أشياخي: هذا الذي ذكره **محمد بن عبد الحكم** من أنه لا يترك للخروج لصلاة الجمعة إنما يصح على قول من شذ من الناس ورأى أن صلاة الجمعة فرض على الكفاية. ذكرناه في كتاب الصلاة من كتابنا هذا.

وعندي أن هذا لا يخرج منه كون من ذهب إليه يرى أن صلاة الجمعة فرض على الكفاية لأن صلاة الجمعة عبادة لها بدل، وهي تسقط لأعذار في أحد القولين لشدة المرض، وقد أبيح التيمم/ والانتقال عن الطهارة بالماء إذا طُلب المتوضىء في الماء بثمن كثير، فكذلك لا يبعد أن يكون الخوف على تلف مال الغرماء إن خرج هذا للجمعة عذراً في إسقاط فرض الجمعة والأولى عندي ألا يمنع من ذلك إذا كان يقع منه ذلك لا[1] صفة لا يلحق الغرماء منها ضرر ولا إضاعة لمالهم. ولو فرض[2] وهو في الحبس لم يخرج إلا أن يذهب عقله فيخرج حتى يعود إليه عقله، لأنه إذا ذهب عقله لم يعلم حيث هو هل هو محبوس أو مطلق؟ ولا فائدة حينئذ في حبسه.

ولو كانت له أمة واضطر إلى أن تمكن من خدمته في مرضه ويخشى عليه إن لم يمكن من ذلك مكن منه أيضاً على صفة لا يحلق منها الغرماء ضرر أشد من ضرره.

وجميع ما ذكرناه في حبس المفلس يعلم[3] كل مفلس إلا مفلساً له حرمة

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: على.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: مرض.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يَعُمُّ.

على طالب الدين منه كالأبوين فإنهما لا يحبسان في دين الولد عليهما لأجل حرمتهما عليه ووجوب برِّهما لديه، وتحريم الباري سبحانه عقوقهما على الولد وقد قال تعالى: ﴿فلا تقل لهما أف﴾[1] وهذا غاية في المبالغة في النهي عن فعل ما يؤذيهما ويكون عقوقا لهما. وحبسهما لا يخفى عن العقلاء أنه أبلغ في أذاهما من أن يقال لهما: أف. ولكن لا يظلم أيضاً الولد لهما بل يتكلف القاضي من التشديد عليهما ما يؤديه الاجتهاد إليه في تخليص دين الولد عليهما، وإيصال ذلك إليه. لكن لو كان الأب امتنع من الإنفاق الواجب عليه لابنه الصغير ولم يمكن القاضي أخذ ذلك منه إلا بحبسه فإنه يحبسه في ذلك.

وعلل **ابن عبد الحكم** هذا بأن ذلك إن لم يفعل أدى ذلك إلى ضرر الولد وهلاكه.

وعندي أنه يمكن أيضاً أن يضاف إلى ذلك علة أخرى وهي أن الولد الصغير غير مكلف، وإذا كان القاضي هو الذي حبس والد الصغير فكأن الصغير لم يعقّ أباه ولا هو الذي حبسه وأنه حبسه من لا حرمة بينه وبينه، وهو القاضي، في حق الله سبحانه الذي طُلب به القضاة في صيانة حياة من لا يعرف صيانتها وصيانة ماله.

ولو كان على هذا التعليل ابنة بلغت بكراً في حجر أبيها فهي مخاطبة بأن لا تعقّ أباها، وطلبت هي حبسه في الإنفاق عليها عُدنا إلى التعليل الأول وهو: ما يلحق الولد من الضرر وخوف الهلاك لسبب/ عدم الإنفاق.

ولو كان في يد الأب مال لولده وعلى الولد دين يحبس الأب، ها هنا حتى يسلم ما في يديه، إن لم يقدر على تخليص ذلك منه بغير الحبس. وكان هذا لِحَقِّ رجل آخر وهو الذي له الدين على الولد وهو أجنبي من الأب،

---

(1) الإسراء: 23.

(وهذا أجنبي من الأب)[1] وهذا مثل ما اتفق أن السيد لا يحبس في دين لعبده عليه لأن له انتزاع ماله، إلا أن يكون على العبد دين فحبس فيه سيده لحق غرماء العبد.

وأما الجد والجدة فإنهما يحبسان/ في دين ولد ولدهما لنقص حرمتهما عن حرمة الآباء والأمهات.

وفي إطلاق هذا القول الذي وقع في المذهب نظر. وقد يختلف حال الأجداد وتأكد حرمتها على أبناء البنين ويختلف مقدار المال الذي يطالب به ولد الولد.

وقد اختلف في القصاص من الأجداد على ما سيرد ذكره في موضعه إن شاء الله تعالى.

وأما إذا طلب الولد تحليف أحد أبويه على مال له عنده جحده إياه، فإن المذهب على قولين:

أحدهما وهو المذكور في **المدونة**: لا يمكن الولد من تحليف أبيه.

وفي **الموازية** أنه لا يمنع من ذلك، ولكن يكون ذلك جرحة عليه يوجب رد شهادته وكونه عاقّا.

ولابن الماجشون في ثمانية أبي زيد أنه لا يمنع من ذلك، ولأن[2] فعله لم يكن عاقا. فوجه المنع من تمكين الولد من تحليف أبيه ما أشرنا إليه في تعليل منعه من حبس أبيه، لأن التحليف أيضاً في امتهان الأب وهتك لحرمته فيمنع الولد منه.

ووجه القول بتمكينه من ذلك أن التحليف (لا يبلغ في هتك الحرمة)[3]،

---

(1) هكذا في النسختين، والظاهر أنه تكرار.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وَإِنْ.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حذف في.

وللولد حق من جهة طلب ماله، فلا يسقط حق الولد لحق الأب لاحترامه. وهذا التعليل يطابق ما ذكره في **الثمانية** من تمكينه من تحليفه ولا يكون عاقا بذلك.

وأما الذي في **الموازية** فإنه يسبق إلى النفس تعارضه لأن العقوق منكر، والمنكرات على القضاة تغييرُها والمنع منها.

لكنه أفتى القاضي بما يجب عليه من التمكين، ثم خاطب الولد بالكف عن ذلك لما فيه من العقوق. فكان فرض القاضي التمكين وفرض الولد أن لا يفعل ما مكن منه. فهو خطاب لشخصين.

والذي يختاره أشياخي في هذا الاعتبار حال الأب، وارتفاع قدره، ومقدار ما يحط من نزلته مبادرته إلى اليمين، ومقدار/ أيضاً ما يحط ذلك من مقدار الولد. ثم الالتفات إلى مقدار الدين: فإن كان الدين حقيراً والولد موسراً، وهو رفيع القدر في الناس، ويحط ذلك أيضاً من مقدار الولد، فإنه لا يمكن من ذلك. فالعكس في عكس هذه الأحوال فكأن هذا مبني عند أشياخي على تغليب أحد الضررين لمّا تقاوم الحقان: حق الأب في أن لا يُعَق، وحق الولد في أن لا يؤخذ منه ماله.

هذا الحكم في الغرماء أقارب كانوا أو أجانب إذا تفالسوا.

وأما إن لم يدع الغريم الفلس وسأل الإمهال حتى يجتمع ما يقضي منه الدين، فإن **سحنونا** ذهب إلى أنه يمهل اليوم ونحوه، ويؤخذ عليه حميل بمال فإن لم يأت بحميل سجن.

وفي كتاب **ابن حبيب** أنه يؤخذ بقدر الاجتهاد في مقدار كثرة المال وقلته.

وهكذا في **المبسوط** من غير تحديد لمقدار التأخير. ولم يذكر في الكتابين أخذ حميل عليه كما قال **سحنون**.

ورأى بعض أشياخي أن المذهب على قولين في أخذ الحميل وفي

الاستحلاف على صحة عذره أنه يتعذر عليه القضاء في الحال.

والخلاف في / أخذ الحميل ينبني على الالتفات إلى ما دخل عليه الغرماء على غريمهم في الدين المؤقت بأجل محدود: هل التحديد والتوقيت دخل المتعاملان على أنه لا يتعدى، فيكون تعديه لسبب حدث بخلاف ما دخلا عليه يوجب الحميل، أو يقال إن التوقيت كالمتضمن لزيادته عليه معتادة في حكم الاقتضاء، فيصير كأنها مضافة إلى الأجل فلا يلزم الحميل كما لو طلب من له الدين حميلاً به قبل حلول الأجل. واختلف اختيار الأشياخ: فبعض أشياخي يرى أن لا يؤخذ الحميل، وبعض أشياخي يرى التمكين من طلب الحميل. والسبب في الخلاف ما أشرنا إليه.

وإذا طلب المفلس أن يثبت فقره ليسلم من الحبس، فهل ينجيه من الحبس أخذ حميل بوجهه أم لا؟

فمذهب **ابن القاسم** أنه إذا أتى بحميل لا يحبس.

ومذهب **سحنون** أنه لا ينجيه إتيان حميل بوجه من الحبس.

وسبب هذا الاختلاف أن حميل الوجه إذا أحضر من تحمل بوجهه، وأثبت الغريم المحَمَّل بوجهه فقره، وحلف أنه ما أخفى مالاً ولا يجد ما يقضي، فإن الحمالة تسقط، ولكن بشرطين: إحضار الغريم، وإثبات فقره. وفقره لا يثبت بمجرد الشهادة بكونه فقيراً حتى يحلف، كما قدمنا ذلك، وذكر/ مخالفة **أبي حنيفة** في يمينه. فإذا تحمل رجل بوجه الغريم المفلس فإنه يمكن أن يهرب الغريم فإن أثبت الحميل فقر الغريم في غيبته بقي استقلال[1] القضاء بفقره يمينه على أنه ما أخفى مالاً، وذلك مما لم يمكن أن يحلفه الحميل عنه.

وكان **ابن القاسم** يرى أن هذه يمين استظهار وحبسه قد يمنعه من السعي في إثبات فقره فيلحقه الضرر بالحبس، ولا يوقع في هذا الضرر بعد يمين

(1) هكذا في النسختين، والمعنى على مطالبته بيمين القضاء على عدم الغريم.

استظهار. فلو التزم الحميل أنه إن تعذرت هذه اليمين التي يُطلب بها الغريم إذا حضر لقام[1] بالمال، ارتفع هذا الخلاف بين **ابن القاسم وسحنون**. وكان الخليفتان رضي الله عنهما يضيفان إلى يمين المفلس على أنه ما عنده ما يقضى منه، وأنه إن وجد مالاً في المستقبل ليقضى منه. فأضافا رضي الله عنهما إلى اليمين على صفة الحال اليمين على ما يكون في الاستقبال. وهذا تأكيد في الاحتياط والاستظهار لئلا يقوم الغريم بعد مدة يمكن أن يكتسب الغريم فيها مالاً فيطلب صاحب الدين استحْلافه أنه لم يكتسب في هذه المدة مالاً فيتكرر ذلك فتكون تقدمة اليمين عليه كالحاسم لمضرة التكرير.

والجواب عن السؤال السادس أن يقال:

قد تقرر في أصول الشرع بناء الأحكام على الاحتياط وصيانة الأموال على أربابها. فإذا وجب تفرقة مال مديان على غرمائه فلا تخلو من أن يكون غير معروف بالمداينة والإكثار منها حتى يغلب على الظن، ويقتضي ظاهر الحال ألا طالب لماله سوى (من حاول القاضي أو يقضيه دينه)[2]، أو يكون مكثراً للاستدانة/ حتى لا يغلب على الظن أنه قد أحاط بجميع غرمائه في الحال، وإن كان كذلك، وإنما يفرق القاضي تركته على الغرماء وقد مات، فإنه يجب الاستيناء في قضاء من حضره من الغرماء والبحث عمن سواهم، حتى يغلب على الظن أنه قد أحاط بجميعهم.

وأما إن كان مفلساً فإنه اختلف: هل يستأني بقضاء من حضر من الغرماء كما يُستأنى بتركته أم لا؟ ففي **المدونة** قولان في هذا المعنى: فذكر **ابن وهب عن مالك** أن الغائب إذا مات استؤني بقسمة تركته على غرمائه. وكذلك إذا فلس.

وقال غيره لا يستأنى قسمة مال المفلس بين غرمائه كما يستأنى في تركة

---

(1) أي: لغرم.

(2) هكذا في النسختين، والمعنى: من طلب من القاضي إلزام المدعى عليه قضاء دينه.

الميت. (قد انقطعت وخربت بالضرر بالمبادرة/ بقسمتها على من حضر من الغرماء بعظم موقعه لجواز طريان غريم فلا يجد ما يعدى فيه دينه وإن عدى على الغرماء وهم تفرقوا شق ذلك عليه)[1].

وأما المفلس فإن هذه العلة موجودة أيضاً في ماله إذا قسم بين غرمائه، فيجب فيه الاستيناء على أحد القولين، ولا يجب على القول الآخر، لأن الضرر في ذلك يتقاصر عن الضرر في قسمة تركة الميت بين غرمائه، فلم يلحق حكمه بحكم من مات مفلساً مع كون الغرماء استحقوا أخذ ديونهم معجلة، وتأخيرها إضرار بهم. فغلِّب في التفليس ضررهم، بخلاف حال الموت، لعظيم الضرر فيه إذا فرق المال بين من حضر.

فإذا تقرر هذا فقضى الورثة أو الوصي ديون الميت لمن حضر، ثم طرأ غريم آخر، فإن بادروا بالقضاء وقد أمروا بتأخيره والاستيناء فيه إذا كان الميت معروفاً بالاستدانة كما قدمناه، فقد تعَدَّوْا في المال، وأعطوا من حضر من الغرماء حقوق غيرهم، فيكونون ضامنين لهذا التعدي، فلهذا الغريم الطالب أن يرجع على الغرماء القابضين للمال بما ينوبه في الحصاص لكونهم قد أخذوا عين ما استحق، ومن بيده مال استحقه آخر عليه فللمستحق أن يطالب به من هو في يديه.

فإن وجد الغرماءَ القابضين لديونهم فقراءَ فللغريم الطارىء أن يطالب الدافعَ لهم هذا المال الوارث أو الوصيَّ، لأجل تعديه في دفعه كما بيناه.

لكنه لو أراد طلب الوارث أو الوصي مع حضور الغرماء القابضين، وكونه يمكنه أخذه كما يمكن ذلك من الوارث والوصي، فإن بعض الأشياخ ـ يعني

---

(1) ما بين القوسين هكذا في النسختين. ولعل المعنى لأن ذمته قد انقطعت وخربت بالضرر بالمبادرة بقسمتها على من حضر من الغرماء يعظم موقعه لجواز طريان غريم فلا يجد ما يعدى فيه دينه. . .

أبا إسحاق ـ يشير إلى أنه بالخيار في طلب القابض لكونه في يديه حق الطارىء، أو طلب الدافع لكونه تعدى عليه بتسليم حقه لغيره وبعضهم يشير إلى أن المسألة على قولين في طلب الدفع. وفي **المدونة** كلام فيه إشكال حمله بعضهم على التخيير وحمله بعضهم أنه اختلاف ·وقد اشتهر الخلاف في الغاصب إذا غصب شيئاً فوهبه لأحدٍ، ثم أتى المغصوب ذلك منه طالباً له، وقد فات في يد الموهوب له، هل/ تكون البداية بطلب الغاصب المتعدي في الدفع لهذا المال، أو طلب القابض المنتفع به، أو يكون بالاختيار في طلب من شاء منهما؟

لكن قد قيل إن الذاهبين إلى القول بالبداية بالغاصب/ إنما صاروا إليه لأنه إذا غَرم لم يرجع له غرمه على الموهوب له لكونه سلطه على الإتلاف على ألاَّ عِوَضَ عليه، كما قيل فيمن أثاب[1] في صدفته ظنًّا منه أن الكفارة تلزمه، فأكلها قابضها فإنه لا يرجع عليه الدافع إليه، لأنه هو الذي سلطه على إتلاف عَين شبيه[2] على ألاَّ عوض عليه غلطاً منه على ماله. وفي التفليس إذا رجع الغريم الطارىء على الوارث أو الوصي كان للوارث أو الوصي أن يرجع بما غرم على الغريم القابض بما دفعه إليه لأنه لم يسلّم ذلك على جهة الهبة، بل في معنى المعاوضة عمّا على أبيه الذي ورثه وإبراء لذمة أبيه. (فإذا غرم الغريم الطارىء رجع بذلك على من دفع إليه، فلا فائدة في تمكين الغريم الطارىء من طلبه وعدوله عن الغريم القابض من غير عذر ولا فائدة له، ولا للقابض في ذلك)[3] بخلاف مسألة الغاصب فإن في العدول عن تغريم القابض فائدة له في أنه لا يرجع عليه بما أتلفه مما وهب له. وقد قررنا أن الطارىء إذا استغرم الوارث أو الوصي الدافعين لهذا المال فإن لهما أن يرجعا على من دفعا إليه لما ذكرناه. فقد يقال في هذه إنه قد يتخرج فيه خلاف من مسألة الوكيل إذا تعدى، والسلعة التي وكل على بيعها قائمة، إنه يضمن ما تعدى فيه، ويكون تعديه

---

(1) هكذا في النسختين.

(2) هكذا في النسختين ولعلها عين شيئه.

(3) ما بين القوسين هكذا في النسختين.

التزاماً لغرمائه ما رسم، كوكيل أُمِر أن يبيع سلعته بعشرة فباعها بثمانية فإنه يغرم العشرة إذْ حال بين الموكل وبين أخذ سلعته بتعديه فيعد ذلك منه التزاماً لما سماه من الثمن. لكن الدافع للغرماء إنما سلطهم على عين مال، فإذا أتى من يستحقه لم تلزمه غرامة، ولا يعد ملتزماً لذلك، مع احتمال فعله للالتزام، أو قصد إلى مجرد التعدي خاصة.

هذا حكم المرجع في هذا التعدي.

وأما حكم ضمان القابض له فإنه إذا قدم غريم لم يعلم به وقد قسم المال بين الغرماء الحاضرين، وجعلنا له طلب الوارث الدافع بما بقي في يديه من مال الميت فإنه إن أكله ضمنه لهذا الطارىء، لأنه أكل مال غيره، عمداً أو خطأ، فيضمنه له. وإن ادعى تلفه، وهو مما يغاب عليه، لم يصدق في ذلك، لأنه أمسكه لمنفعة نفسه أو لاعتقاد تمَلكّه، فلم يصدق في ضياعه، كما لا يصدق في ضمان العواري والرهان، ولو قامت له بيّنة بضياعها من غير سبب/ له في ذلك فإن **ابن القاسم** أسقط عنه الضمان. ولم يسقطه عنه **أشهب** مروراً على أصله في العواري والرهان أن الضمان فيها لا يسقط بإقامة البينة على الضياع.

واختار بعض أشياخي/ مذهب **ابن القاسم** رواه[1] مبنياً على أصول المذهب لأن كل مستحق عيناً في يد غيرهْ فإنما له أخذ العين من يد غيره فإن أنفقها غيره عمداً ضمنها، وإن أتلفها خطأ ففي ضمانه قولان: إذا وضع يده عليها بوجه جائز، كمن اشترى عبداً من سوق المسلمين فقتله عمداً، ثم استحق، فإن قاتله يضمنه. وإن قتله خطأ ففي غرامته القيمة لمستحق العبد قولان.

وإسناد هذه المسألة للأصل الذي قال، قد يقع إشكال من ناحية أن من غصب له عبد فاستحقه من يد مشتريه بوجه شبهة، فإنه إنما يستحق العين لا

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ورآه.

أكثر. والوارث إذا مسك مالاً فالغريم لم يستحق عينه، وإنما استحق مقداره، فلو قضاه الوارث دينه من مال آخر لم يكن له مقال. ففارق ذلك استحقاق العين لا غيرَها.

هذا حكم ضمان الوارث لما بقي تحريره[1] من تركه الميت المفلس.

وأما ضمان الغريم القابض إلى[2] قبضه، فالمعروف من المذهب أنه يضمنه على أي حال كان تلفه، إذا قام عليه غريم طارىء طلبه في المحاصة، حتى ذكر **ابن المواز** أنه لو وقف لغريم غائب نصيبه من تركة الميت فضاع كان ضمانه منه. ولو طرأ غريم وقد ضاع مال الموقوف لغرم من وقف له المال لهذا الطارىء حصته التي تجب له في المحاصة بدينه حتى كأن هذا المال الموقوف قبضه من وقف له فيجب الرجوع عليه بما قبض.

وعارض بعض الحذاق من الأشياخ هذا وقال: إنما ينبغي أن يضمن الغريم الموقوف له المال ما وقف له، بمعنى أنه يبرأ المفلس من دينه الذي قبض منه ما أوقف له لا غير ذلك. وأما أن يكون يضمن ذلك في حق غيره فلا وجه له، كما نقول فيمن اشترى عبداً من سوق المسلمين فاستحقه من يده رجل فإنه يأخذه، ولو وجده مستحقه قد مات في يد المشتري لم يكن له أن يغرّمه قيمته وإنما له/ تغريم الغاصب له، وأما مشتريه وإن كان ضامناً له فإنما معنى ضمانه له أنه لا يرجع بالثمن على الغاصبْ الذي قبضه منه. وإن كان الغيب قد كشف أنه أخذ منه ثمن ما لا يستحق أن يأخذ ثمنه فكذلك إنما يضمن هذا الغريم بما نابه في الحصاص، بمعنى أنه يسقط دينه به بمقدار ما قبض. وأما أن يضمنه لغيره فلا يجب ذلك كما لم يضمن المشتري المغصوب منه العبد قيمتَه، وإن كان ضمانه منه لما مات في يديه.

وإذا طرأ غريم على الغرماء فقد ذكرنا أنه يقضى له عليهم بالمحاصة على

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: تحت يده.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لما.

حسب ما يقضى له لو كان حاضراً حين قسمه مال الغريم.

هذا إذا لم يبق في يد ورثة المفلس الميت شيىء من التركة، بل نزع جميعاً[1] فقضي ذلك للغرماء الحاضرين.

فأمّا إن بقي شيء من تركة/ المفلس بيد ورثته، فإنه يحسب ذلك من دين هذا الطارىء، حتى كأنه أخذه من جملة دينه، فإنما تكون له المحاصة لما فضل من ذلك وبمقدار ذلك يرجع على الغرماء الذين اقتسموا التركة. وهذا لأجل أن الغريم لو كان حيّا وقضى غرماءه وبقي في يديه ما يقضى آخرين (فأبيح فيه)[2] فإنه لا يرجع الغرماء الذين لم يقبضوا من دينهم شيئاً على الغرماء الذين قبضوا دينهم لكون غريمهم بقي في يديه ما يأخذه الأخ[3] فكذلك ورثته.

فلو مات رجل وترك ثلاث مائة دينار (لرجع)[4] فأخذا جميع دينهما من التركة، وبقي في يد الورثة مائة دينار، فإن من طرأ، وله دين على الميت جملته مائة دينار، لا يرجع على الغريمين القابضين للمائتين لكون غريمه قد ترك ما يأخذ هذا الطارىء في دينه منه بأسره.

ولو كانت التركة مائتين وخمسين ديناراً فقبض الغريمان الحاضران المائتين وبقي بين الورثة خمسون ديناراً، ثم طرأ رجل استحق على الميت مائة دينار، فإنه إنما يحاص الغريمين القابضين للمائتين بخمسين ديناراً، لأن الخمسين الباقية بيد الورثة يقدر أن هذا الطارىء قد قبضها وصارت إليه من جملة دينه فإذا لم يجب له أن يحاص إلا بالخمسين ديناراً فإذا وجبت المحاصة بما صار كان الغريم الطارىء كالمحاص معهم فتقسم المائتين وخمسين على

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: جميعها.

(2) هكذا في النسختين.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الآخرون.

(4) هكذا في النسختين، والمعنى يقتضي: ولدائنين عليه مائتا دينار.

الثلاثة رجال الحاضرين/ والرجل الطارىء، فينوب كل واحد منهم ثلاثة وثمانون دينار وثلث دينار. فهذا الطارىء يحسب عليه من ذلك ما في يد الورثة وهو الخمسون ديناراً ويبقى له ما ينوبه في الحصاص ثلاثة وثلاثون ديناراً[1] يرجع بذلك على الغريمين القابضين للمائتين، فيرجع (كل واحد منهما بسبعة دنانير إلا ثلث)[2].

فإن طرأ للميت مال فإنه يرجع فيه هذا الغريم بالخمسين ديناراً التي بقيت بيد الورثة التي قررنا أنه كالقابض لها في حكم الحصاص بينه وبين من سواه من الغرماء، ولم يقدر أنه كالقابض لها في حكم براءة ذمة غريمه حتى يصل ذلك إليه أو يوقعه له قاضٍ، فتكون يد القاضي في قبضه كيده، ويرجع أيضاً بسبعة عشر ديناراً غير ثلث التي أوجبت له المحاصة (ويقصر التركة لا يأخذها)[3] ويرجع الغريمان القابضان للمائتين بما أديا من هاتين المائتين عن الميت، وذلك ثلاثة وثلاثون ديناراً وثلثا دينار حتى يكمل دين سائر الغرماء.

هذا الحكم في المحاصة في تركة الميت إذا طرأ غريم لم يعلم به.

وأما لو كان ذلك في فلس غريم حيّ ذمته باقية، فإن ابن حبيب ذكر عن عبد الملك أنه إذا فلس رجل لقوم لهم عليه ديون، فوجد في يده ألف درهم ومائة درهم، فأخذ الغرماء ألف درهم، وأوقفت المائة الفاضلة عما أخذه الغرماء، أو رُدّت إلى الغريم فأنفقها، ثم طرأ غريم له مائة درهم فإنه يضرب مع الغرماء الذين قبضوا الألف بجزء من أحد عشر جزءا فينوب على هذا / الذي ذكره أحد وتسعون درهماً إلا جزءا من أحد عشر جزءا من درهم.

وعارض بعض الأشياخ الحذاق هذا وقال: إنما يجب أن يضرب هذا الغريم بجزء من اثني عشر جزءا. وذلك أنه يستحق في التركة مائتي درهم،

---

(1) هكذا في النسختين، والصواب زيادة: وثلث.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: على كل واحد منهما بسبعة عشر ديناراً إلا ثلثا.

(3) هكذا في النسختين.

وديون الغرماء غيره ألف درهم فله سدس المال، لكون المائتين هي سدس الألف ومائتي درهم هي جملة الديون. فإذا حاص في المائة التي قصرت التركة عنها كان عليه في الحصاص سدسها، لكون دينه من جملة الديون هو السدس، فإنه سقط عنه بالحصاص سدسها صار له مائة درهم وخمسة أسداس المائة الأخرى، وهو ثلاثة وثمانون وثلث، فيحسب عليه المائة التي أوقفت أو ردت إلى المفلس فأنفقها حتى كأنه قبضها في حكم المحاصة، ويرجع على الغرماء بخمسة أسداس المائة التي قصر الموجود بين الغريم عنها، وبقيت لسائر الغرماء في ذمة هذا الغريم.

فكأن **ابن حبيب** قدّر أن المائة الموقوفة لما جعلت (في حكم المحاصة)[1] في حكم المقبوض وقدّر أن هذا الغريم الطارىء قبضها صار كأنه لم يكن له من الدين إلا مائة درهم، هي التي لم يعلم بها الغرماء، فأضربوا عنها في القسمة لما تحاصّوا، فيكون على هذا الطارىء إنما يضرب بهذه المائة التي لم يقبضها حسّا ولا تقديرا، حتى كأنه لم يكن له دين سواها.

وقدر من ذكرناه من الأشياخ أنه إذا لم تبرأ منها ذمة الغريم كانت المحاصة بجملة دينه المائة الموجودة التي لم يبرأ منها الغريم، والمائة الأخرى العاجزة[2] من مال المفلس. وكذلك لو ظن أن الغريم في يده ما يفي بجميع ديونه فقضى ما في يده لغرمائه وفضلت فضلة، ثم طرأ غريم، فإنها تحسب عليه في دينه.

وذكر **ابن حبيب** أن هذا مذهب **عبد الملك ومطرف**. قال: وخالفهما أصبغ ورأى أن الفضلة عما أخذه الغرماء الحاضرون و[3]إنما تحسب على الطارىء في باب المحاصة في فلس ميت لكون ذمته قد انقطعت فصار ما بقي

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: في المحاصّة.

(2) هكذا في النسختين، والمعنى: الناقصة عن الدين.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حذف الواو.

منها بعد ما أخذه الغرماء كأن الغريم الطارىء استحق عينه فيحسب عليه في حكم المحاصة خاصة.

وأما المفلس الحي فإن ذمته باقية، فلا يحسب ما فضل عن غرمائه للذين لم يقوموا بتفليسه كمديان فلسه بعض غرمائه ولم يقم بعضهم بتفليسه ولا طلب منه دينه، فيكون الدين باقياً في ذمته في حق من لم يرض بتفليسه، حتى كأنه لم يفلس لأحد من الناس.

هذا حكم ما يكشفه الغيب من الغلط في المحاصة.

وأما البيع للتركة فإنه قد تقرر في الشرع ألا ميراث إلا بعد قضاء الدين. قال تعالى بعد أن ذكر الفرائض وما ترثه البنت والبنتان والأبوان والأزواج: ﴿**من بعد وصية يوصي بها أو دين**﴾[1].

فإنما ملك البارىء سبحانه من ذكر من الورثة ما سماه لهم في كتابه بعد أن تخرج ديون الميت ووصاياه. فإن/ باع الورثة سلعة الميت، وهم يعلمون بأن له غرماء/ أو يظنون ذلك، لكونه مشهوراً بالاستدانة فإنهم قد تعدّوا في البيع لأنفسهم ليرثوا ما ترك ميّتهم من غير أن يقضوا ديونه، ولا يختلف في كونهم منهيّين عن هذا البيع، ولكن لحق غيرهم من المخلوقين وهم الغرماء، فإن فعلوا كان للغرماء نقض ما باعوه لأن الغرماء استحقوا ذلك دون الورثة. فصار الورثة في بيعهم كمن باع سلعة غيره، فلصاحب السلعة أن يفسخ بيعه هذا إذا لم يقدر على قضاء الديون إلا بفسخ البيع في هذه السلع.

فأمّا إن قضيت الديون من غير حاجة إلى فسخ البيع، مثل أن يقبضها[2] الورثة من أموالهم أو يسقط الغرماء حقوقهم، فإن المذهب على قولين:

أحدهما: أن البيع لا يفسخ. وهو الأشهر من المذهب، لأن النهي عن

---

(1) النساء: 11.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يقضيها.

هذا البيع لحق المخلوقين وهم الغرماء فإن سقطت حقوقهم فقد ارتفعت العلة الموجبة لفسخ البيع، فيرتفع الحكم الذي هو الفسخ بارتفاعها وهكذا النهي الواقع لحق المخلوقين ألا ترى أن النبي عليه السلام نهى عن التصرية لأجل التدليس على المشتري، فإذا اطلع المشتري على هذا العيب ورضي به لم يجب فسخ البيع لزوال حق المخلوق الذي هو علة النهي.

وروى **أشهب عن مالك** في ورثة عزلوا من التركة أضعاف الدين، وباعوا ليرثوا: إن البيع يفسخ ولو قضيت الديون. فكأنه على هذه الرواية قدر أن هذا البيع سلم من الغرر والتحريم في ثمنه ومثمونه، فتعلق به حق الله سبحانه ففسخ. وإن سقط حق المخلوق فيه، كبيع عند صلاة الجمعة، وبيع التفرقة بين الأم وولدها.

فإن قلنا بارتفاع الفسخ عند ارتفاع الديون ففي **الموازية** أن المشترين لهذه السلع إذا دفعوا قيمة ما نَمَا أو نقص عندهم يوم قبضوه لم يكن للغرماء فسخ البيع. وهذا لأجل أن الغرماء لم يملكوا أعيان سلع الميت وإنما ملكوا مقدار هذا[1] كان كمقدار ديونهم. ألا ترى أن الورثة لو قضوا ديونهم لم يكن للغرماء أخذ شيء من السلع التي تركها الميت، فكذلك المشترون إذا دفعوا قيمة ما قبضوه فكأنه هو الذي استحقه الغرماء/ في تركة الميت فأشبه ذلك قضاء الديون.

وترجح بعض الأشياخ في هذا الذي قلنا أن للغرماء نقض البيع فيه لو كانت أمة باعها الورثة، على الصفة التي ذكرنا من كونهم تعدوا في البيع، فأعتقها المشتري أو اتخذها أم ولد، وهو لم يعلم، فقام الغرماء طالبين لديونهم هل من حقهم أن يردوا عتق هذا واستيلاده لكون البائع كأنه باع سلعة غيره، أو يمضي ذلك لكون الغرماء ها هنا لم يستحقوا عين هذا المبيع وإنما استحقوا مقداره، ولو دفع إليهم هذا المعتِق أو المستولد قيمة الأم لم يكن لهم انتزاعها من يده، على ما ذكرناه في **الموازية**.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: مقدارها إذا. . .

فإذا أبقوه[1]/ حين قيامهم بديونهم فقيرا[2] لم ينقضوا ما فعل من عتق أو استيلاد لكونه قادراً على صرفهم عن انتزاع ذلك من يديه إذا كان مليئاً يمكن[3] من دفع قيمة ذلك إليهم.

وأمّا إن باع الورثة بيعاً لم يتعدوا فيه لاعتقادهم ألا دين على ميتهم، ثم طرأ غرماء فإن المطالبة إنما تتوجه للغرماء على الورثة البائعين القابضين للأثمان دون المشترين سواء كانت السلع قائمة في يد المشترين أوفائتة كون[4] الغرماء لم يستحقوا الأعيان المعينة وإنما يستحقون أثمانها، وأثمانها قد صارت في أيدي الذين باعوها بوجه جائز، فإنما تتوجه المطالبة على الورثة خاصة لكون ما استحقه الغرماء في أيديهم لا في يد من اشترى.

وأشار بعض أشياخي إلى تخريج الخلاف في هذا النوع إذا كان المبيع جارية فأعتقها المشتري أو اتخذها أمّ ولد، ففي كتاب الخيار من **المدونة** لغير ابن القاسم: إنها إذا فاتت بعتق أو استيلاد لم يكن للغرماء أخذها، بدليل هذا الخطاب عنده إذا[5] لم تفت بشيء من هذا المعنى فإن للغرماء أخذها. ولأن هذا القول ينبني على أن العتق والاستيلاد لهما حرمة تمنع من نقض البيع.

وأما إذا لم يقع الفَوت بشيء من هذا المعنى فإن الغرماء وإن لم يستحقوا أعيان هذه السلع فإن الورثة أيضاً لم يستحقوها إلا بعد قضاء الدين. فكأنهم باعوا ما لم يستحقوا، وكان الغرماء أولى باستحقاقه من الورثة فلهذا نقض البيع فيه إذا/ طلب ذلك الغرماء.

وذكر **ابن القاسم** في **العتبية** في ميت مات وترك مائتي دينار، وعليه

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أَلْفَوْهُ.

(2) هكذا في النسختين، ولعل في الكلام نقصاً.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يتمكن.

(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لِكون.

(5) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الخطأ عنده فإذا.

أضعافها، وترك ورثة صغاراً فتجر الوصي لهم بها، ثم طرأ غرماء، فإنهم يأخذون ما في يد الوصي في ديونهم وأرباحه إن كان فيها ربح، ولا يضمنون هذا المال إذا تلف ولا يُرجع به عليهم، بخلاف ما لو كان الورثة كباراً فإن الربح لهم إذا تجروا، فيه وهم ضامنون لما قبضوه إذا أنفقوه أو أتلفوه، فلم يكن للغرماء في ربح ما يضمنه غيرهم، بخلاف الورثة إذا كانوا صغاراً فإن الربح للغرماء لكونهم لا يطلبون هذا المال من ذمة الصغار إذا كبروا.

والجواب عن السؤال السابع أن يقال:

إذا قام رجل واحد من جملة الغرماء طالباً لتفليس غريمه، وإيصاله إلى حقه، وتفليسه وحبسه إن لدّ وعجز عن القضاء، فإن ذلك له. ولا يسقط حقه في ذلك إضراب الغرماء الآخرين عن مساعدته عن ذلك، إذا لا يلزم إتلاف حقه إذا رضي الآخرون في إتلاف حقوقهم أو الصبر بها. وهذا واضح، لكنه إذا مكن من القيام بذلك فمن ساعده من الغرماء على ذلك أُعطي نصيبه أيضاً من الحصاص كما يُعطى هذا القائم نصيبه في الحصاص، أو جملة حقه إذا لم يظهر عجزه عن قضاء حقوق الآخرين. ومن لم يقم من الغرماء طالباً لحقه فهل يعذر أيضاً/ بتسليم حقوق الطالبين إليهم حتى لا يكون له بعد ذلك مرجع عليهم؟ فيه قولان في **المدونة**:

ذهب **ابن القاسم** إلى أنه ذلك منه علم أنه أسقط حقه في مشاركة أصحابه.

وقال غيره: ليس ذلك رضا بتسليم حقوقهم إليهم دون مشاركتهم إلى أن يظهر ما يدل على أنه غير[1] مسقط لحقه.

وجملة الأمر أن مجرد السكوت عنْ مشاركة هؤلاء الغرماء ومحاصته هل هو في العادة كقرينة دالة على رضا الساكت بإسقاط حقه بمحاصة، أو ليس ذلك بدليل في العادة؟

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حذف غير.

وحمل بعض الأشياخ هذا الخلاف المذكور في **المدونة** على أن المُراد به إذا كان الغرماء الساكتين حاضرين بالبلد، ولم يشاهدوا القسمة بين الغرماء القائمين بالتفليس، وقدر أن مشاهدتهم للقسمة لمال الغريم كالتصريح/ بإسقاط حقه فلا يحسن الخلاف فيه.

وكأن هذا المتأول للاتفاق على أن مشاهدة القسمة علم على إسقاط الحق يرى أنها في الدلالة على إسقاط الحق في المحاصّة أقوى من الدلالة على مجرد السكوت.

وكأن الغَيْرَ إلى هذا أشار في كلامه.

وهذا منشأ الكلام فيه الاستشهاد بالعادات على المقصود مثل[1] هذه الأوجه للخلاف المذكور سوى اعتبار هذا من جهة العادات.

وكأن **ابن القاسم** وغيره اختلفا في شهادة بعادة.

وكان **سحنون** يشير إلى قصر الخلاف في هذا في مال المفلس إذا قام به بعض غرمائه طالباً تفليسه. وأما لو كان ذلك في مال ميت فُلِسَ بعد موته وأخذ بعض غرمائه حقوقهم فإنه لا يسقط حق من سكت عن القيام معهم، وله أن يرجع على الغرماء القابضين فيحاصّهم، لأجل أن ذمة الميت خربت وانقطعت، فلا يظن أن من له حق فيها مسقط لحقه على الإطلاق وواهب له. بخلاف المفلس الحي فإنه بقيت ذمته فيقول: الغرماء في الصبر على طلب[2] بقاء ذمتهم واكتسابه، والرجوع على الغرماء فيما قبضوه، فلا يكون سكوتهم كالهبة لحقهم على الجملة بخلاف الميت الذي انقطعت ذمته، والرجاء في اكتسابه.

وقد قال بعض الأشياخ: إن قول **ابن القاسم** في **المدونة** في سكوت بعض

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: من مثل.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الطلب.

الغرماء عن المفلس الحيّ إشارة إلى أن الميت بخلاف ذلك، كما قال **سحنون** لتقييده كلامه بحياة المفلس.

وقد قال **ابن القاسم**: إن الغريم إذا شاهد الورثة يقتسمون المال ولم يطلب دينه ولا عذر له في سكوته على الطلب، فإن ذلك علم على أنه أسقط حقه في طلبهم. وهذا كله من التفرقة بين الحيّ والميت في حق بعض الغرماء أو التفرقة بين الميت إذا سكت، عند قسمة ماله، غريم، وقد قسم ماله وارث، أو غريم، وقد قاسم ماله غرماء، لا وجه له إلا الاستشهاد بمقتضى العادات في الدلالات على المقصود. فمتى اتضحت قرينة حال تدل أن القصد إسقاط الحق سقط/ ومتى كانت قرينة الحال فيها التباس وإشكال لم يسقط الحق بالاحتمال. وقد يستظهر باليمين/ على الساكت فيما يدّعيه من قصده.

هذا الحكم من[1] الساكت من الغرماء وبين من قبض منهم دينه.

وأما إذا أوضح[2] التفليس وحكم به، ثم عامل الغريم قوماً آخرين فإن المفلِّسين القابضين لدينهم وما نابهم في الحصاص منه لا طلب لهم فيما في يده مما اكتسبه في المعاملة الثانية الحادثة بعد التفليس، لأن ما في يديه الآن مال الغرماء الذين عاملوه بعد التفليس، فليس للغرماء الأولين أن يأخذوا حق غريمهم من حقوقهم السابقة التفليس.

وأما الساكتون عن التفليس فقد ذكرنا حكمهم مع الأولين الذين فلسوه.

وأمّا حكمهم مع الآخرين الذين عاملوه بعد التفليس، فإن في **الموازية** أن لهم مشاركة الآخرين إذا فلسوه. وكأنهم لما لم يفلسوه هم جملة غرمائه.

ولو كان الغريم طالبون[3] جماعة لم يقوموا بتفليس واختلفت تواريخ

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بين.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وضح.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: طالِبوهُ.

معاملتهم له، واختلف به الحال بين استغناء وفقر، فإنه إذا قام عليه الغرماء تحاصّ جميعهم في ماله، مَن عامله وهو مُثرٍ ومن عامله وهو معدم.

فكذلك هؤلاء الساكتون الذين سبق دينهم التفليس مع الذين عاملوه بعد التفليس، لكون العلة في منع التفليس الدخول مع الآخرين كونَ ما في يديه بعد التفليس، معلوم أنه مال الآخرين الذين عاملوه بعد التفليس.

وهذه العلة تتصور في الساكتين عن تفليسه كما تصورت في القائمين بتفليسه.

وكأن **مطرفا** رأى أن الذين لم يفلسوه وسكتوا عن طلبه لم يسلموا كونه مفلساً. ولو قاموا كما قام أصحابهم لأظهروا له مالاً خفياً فلا يثبت في حقهم حكم التفليس الدال على أن ما في يديه من المعاملة الثانية.

وقد وقع **لابن القاسم** في كتاب السرقة: إذا كانوا[1] أحد غرماء المفلس غائباً فقدم بعد الحكم بتفليسه ومعاملته لقوم آخرين، فإن هذا الغائب القادم لم يدخل مع الآخرين بدينه، على نحو ما حكيناه عن **مطرف** في سكوت بعض الغرماء الحاضرين عن تفليسه.

ولو قام جميع الغرماء بتفليسه وتحاصوا في ماله فأبقى بعضهم ما نابه في الحصاص في يد غريمه، ومكنه منه، بعد أن حيل بينه وبينه، فإن هذا كمعاملة ثانية يضرب بها مع الآخرين الذين عاملوه بعد التفليس ويكون/ الضرب بعدد ما أعادوه[2] عليه لأن ذلك كاستئناف معاملة ثانية. وقد وقع في كتاب **ابن حبيب** أن هذا الذي أبقى نصيبه في المحاصة في يد هذا الغريم يُغْرَم بدينه كله، وقدّر أن الزائد على مقدار ما أعادوه إليه مما بقي من دينه عليه كأنه لم يقم بتفليسه فيه ولا في ما نابه من الحصاص لكونه أبقى ما نابه في يد غريمه.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: كان.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: أعاده.

وقد قلنا: إن في **الموازية** تمكين الساكت من الغرماء على التفليس من دخوله مع الذين عاملوه بعد التفليس، على حسب ما تقدم/ بيانه.

ولو أن هذا الذي فلس وعامله قوم آخرون طرأ له مال في فائدة يُعلم أنها ليست من مال الآخرين، كميراث ورثه أو أرْش جناية أخذها، أو ربح حصله في المعاملة الثانية، لكانت المحاصة تجب في هذه الفائدة للغرماء الأولين والآخرين إذا قام الأولون بتفليسه، لارتفاع العلة التي ذكرنا أنها هي المعاملة المانعة لدخول الأولين فيما عامله به الآخرون وهي العلم بما في يديه هو من مال الآخرين لا حقّ للأولين فيه. فإذا طرأ على الآخرين انتقاصٌ في ديونهم ضربوا بما انتقص لهم في الفائدة الطارئة واشترك فيها الأولون والآخرون.

وإذا لم يفلسه الآخرون وطرأت فائدة فقام الأولون طالبين لأخذ بقية حقوقهم منها مكّنوا من ذلك، ولم يمنعهم الذين عاملوه بعد التفليس من ذلك، لأنه ما دام قائم الوجه، للمبيع[1] ويشتري ويعامل الناس، فهو محمول على أن ما داينه به الآخرون باق في يديه. لكن لو تبين انتقاصُ ديونهم من يده لكان من حقه[2] الكشف على ذلك حتى ينكشف ما يوجب مشاركتهم في هذه الفائدة الطارئة.

وقد ذكر في **الموازية** عن **أشهب** في رجل مات وعليه لرجلين ألفا درهم: لكل واحد منهما ألف درهم وترك الميت المديان عبداً قيمته ألف درهم وألف درهم ناضة فرفعت[3] الألف الناضة إلى الغريم الحاضر وبقي العبد، فإن العبد إذا هلك أو طرأ الغريم الغائب، فإنه لا يرجع على الغريم الذي قبض الألف بشيء، على ما كنا قدمناه أن ما بقي عند الورثة يحسب على الغريم الغائب، ويمنعه ذلك من الرجوع على الغريم الحاضر الذي أخذ حقه. ولو كان العبد قيمته خمس مائة درهم يوم موت سيده، ولكنه مضى/ عليه ما بين سيده وموته

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يبيع.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حقهم (أي الآخرون).

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فدُفعت.

في نفسه (ومن)[1] كان يساوي فيه ألف درهم يحسب ذلك على الغريم الغائب وكأن سيده مات عن عبد قيمته ألف لما كان لا يمر يوم إلاّ ومن حق الغريم الغائب أن يأخذ العبد فيه بدينه، ومن حق الورثة أن يبيعوه ويسلموا ثمنه إلى الغريم، فما طرأ بعد ارتفاع قيمته من موت أو نقص سوق فهو محسوب على الغريم الطارىء كما تقدم بيانه فيما سلف.

ولو بيع العبد وقُضي ثمنه ألف درهم للغريم الحاضر، وبقيت الألف الناضة فضاعت لحسبت على الغريم الطارىء كما حسب العبد، إذا بقي ثم هلك، على الغريم الطارىء.

ولو بيع العبد للغريم[2] الحاضر ودفع ثمنه إليه ثم رد بعيب البيع[3] ثانية فما نقص من ثمنه من حق القابض لثمنه أن يرجع، على الغريم الطارىء إذا قبض الألف الناضة، بما ينوبه من الحصاص في مقدار ما نقصه العيب، وهذا الذي ذكره ها هنا من اعتبار أعلى قيمة مرّت بالعبد من يوم مات سيده إلى يوم موت هو فحوى أحد القولين فيمن غصب عبداً قيمته مائة دينار ثم صار بعد ذلك يساوي ألفا، ثم مات فإن الغاصب/ يضمن أعلى قيمة مرت به، لأنه كلَّ يوم مخاطب بأن يرد العبد على سيده، فيُعدُ كلَّ يوم غاصباً مبتدئاً للغصب فيمن[4] قيمته التي هي ما مرّ به.

وقد أشار بعض المتأخرين إلى أن هذه المسألة التي ذكرنا عن **الموازية** قول **ابن المواز** عزل العبد للغائب: إن ذلك لأجل أنه مال مفلس مات، وأنه بخلاف المفلس الحي. وقد قدمنا نحن فيما قبل مسألة **مطرف وابن الماجشون** وذكرنا أنهما يريان أن ما فضل بيد الورثة أو الغريم المفلس يحسب على الغريم

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: زمن.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: من الغريم.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فبِيع.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: في.

الطارىء، وذكرنا مخالفة **أصبغ** لهما في الفلس خاصة، وأنه لا يحسب ما بقي في يديه بعد أن يغرم إليه الغريم الطارىء. وكذلك لا يحسب عليه ما وقف بعد قضاء الدين، فمتى طرأ غريم لم يعلم به على غرماء فإنه يطالب كل واحد منهم بمقدار ما ينوبه في الحصاص، ولو طرأ وارث على ورثة ففيه قولان:

مذهب **ابن القاسم** وروايته عن **مالك** أنه كغريم طرأ على غرماء، إنما له أن يطالب كل واحد من أصحابه بما ينويه في الحصاص خاصة، ولا يرجع عليه بأكثر من ذلك ولو غاب بقية أصحابه.

ومذهب **أشهب** وغيره أنه يقاسم الوارث القادم/ من وجد من الورثة فيما في يديه على مقتضى الفرائض التي فرضها الله تعالى في مال الميت لورثته، ثم يرجعان جميعهم على من لقياه من الورثة على هذا الأسلوب حتى يعتدلوا في المال الاعتدال التي[1] توجبه أحكام الفرائض والمواريث.

وأما طروء غريم على وارث أو موصى لهم فإنه يستوفي حقه منه لكون الباريء سبحانه قدم حق أصحاب الديون على الورثة والموصى لهم فقال ﴿**من بعد وصية يوصي بها أو دين**﴾[2]. وسنبسط هذا في كتاب القسم إن شاء الله تعالى.

والجواب عن السؤال الثامن أن يقال:

إقرار المريض بدين لرجل يقع على وجوه، منها أن يقر بدين لأجنبي أو يقر بدين لوارث أو صديق ملاطف أو يقر بدين لأجنبي ووارث أو لأجنبي وصديق ملاطف.

وكان مقتضى الترتيب عندنا أن يجمع ذلك كله بعد ذكر فصل تذكر

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: الذي.
(2) النساء: 11.

فروعه، ولكنا قدمنا العذر عن سبب الاخلال بالرتبة الواجبة عندنا في حكم التأليف، وأنا قد توخينا ترتيب **المدونة**. وقد تقدم كلامنا في كتاب التفليس على إقرار المريض بدين لوارث أو لأجنبي وصديق ملاطف. وذكر في **المدونة** في كتاب المديان حكم إقرار المريض بدين لأجنبي أو لوارث.

فأما إقرار حكم المفلس الصحيح بعد الحجر فقد تقدم بيانه في كتاب التفليس. وكذلك إقراره بعد الحجر وقد تبين فلسه وأقرّ لمن لا يتهم أو لمن يتهم في إقراره وذكرنا الخلاف في ذلك في المذهب. وكذلك ذكرنا قضاءه لبعض غرمائه دون بعض وقد أحاط الدين بماله.

وأمّا المريض فإنه إذا قضى ديناً لبعض غرمائه ثم مات من مرضه، فالمنصوص في المذهب أن ذلك لا ينفذ لأن قضاءه حينئذ يحمل على التوبيخ[1] لمن قضاه/ دينه وإيثاره على من سواه من الغرماء. بخلاف قضاء من تبين فلسه فإنه يمضي على أحد القولين لأجل أن ذمته باقية يطلبها من لم يقض دينه من الغرماء ويضايقونه في طلب حقوقهم ولا يقصد التوبيخ[1] والإيثار إلا مع إضرار نفسه بطلب من لم يقض حقه من غرمائه.

وأمّا المريض فإنه إذا قضى بعض غرمائه ثم مات ارتفع عنه بموته ضرر طلبهم فتقوم التهمة بقصده إيثار قوم من غير ضرر يلحقه من قوم آخرين. لكن ذكر **سحنون** في **المدونة** عقيب قوله: إن قضاء المريض لا يجوز، أن غيره قال: / المريض لم يحجر عليه في بيعه وشرائه أو إقراره.

فحمل هذا القول بعض الأشياخ على أن ظاهره يقتضي جواز قضائه لبعض غرمائه. وإنما أورد هذا القول استدلالاً بجواز معاملته وإقراره على جواز قضائه، فيكون على هذا في **المدونة** قولان في قضاء المريض الذي أحاط الدين بماله أيضاً.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: التوليج.

وإلى إمضاء قضاء دينه ذهب **سحنون**.

وأما لو كان عنده ما يوفي سائر الديون التي عليه (وليس بتصريح في إجازة القضاء لبعض الغرماء دون بعض)[1]. ويمكن أن يكون أراد التنبيه على مذهب المخالف الذي يمنع إقرار المريض بدين وعليه ديون استدانها في الصحة شهد بها عليه بينة. فإن هذه المسألة مما اختلف فيها فقهاء الأمصار:

فمذهب **مالك والشافعي** أنه إذا أقر بدين في مرضه لأجنبي ليس بصديق ملاطف ولا تتطرق إليه تهمة في إقراره له فإنه يحاصّ الغرماء الذين داينوه في الصحة ولهم بديونهم بينة.

ومنع ذلك **أبو حنيفة** ورأى أن الديون الثابتة عليه في الصحة ببينة مقدمة على حق هذا الذي أقر له كما لو أقر بعد الحجر والتفليس بدين لم يحاص هذا المقر له الغرماء الذين حجروا عليه بسببهم[2]، بهذا الدين الذي أقر به بعد الحجر. لكنه يبقى للمقر له ذمة المفلس المحجور عليه حتى يكتسب ما يقضيه منه الذي أقر له به. والعلة في ذلك أن حقوق الغرماء المحجَّر على المديان بسبب ديونهم كأنها تعلقت بعين المال الذي حيل بينه وبينه، فليس له أن يتلفه عليهم بالإقرار.

وكذلك إقرار المريض بدين وعليه ديون استدانها في الصحة تشهد بها بينة فإنه أيضاً إنما يكون للمقر له المطالبة فيما يطرأ للميت من مال لا فيما تعلق به حق الغرماء.

ودافعه أصحابنا عن هذا القياس بأنه لو قامت بينة المقر له بعد التحجير بصحة ما أقر (له به الغريم)[3] لقضي له بذلك وحاصّ به الغرماء الذين وقف

---

(1) ما بين القوسين، هكذا في النسختين.

(2) هكذا في النسختين.

(3) ما بين قوسين في النسختين، ولعل الصواب: به للغريم.

لهم المال. ولو قامت بينة بأنه عامل بعد الحجر واستدان لم تنفع إقامة البينة هذه في وجوب المحاصة لهذا الذي عامله بعد الحجر.

وأمّا المريض لو قامت بينة على/ معاملته في مرضه لقضي بصحة هذا الدين وحاص به مستحقه الغرماء الذين عاملوه في الصحة. فقد افترق حكم البينة إذا عامل المفلسُ المحجورُ عليه بينة[1] من حكم معاملة المريض بالبينة، فإذا ثبت أن البينة إذا قامت على معاملةٍ في مرضه واستدانتها وجب أن[2] على حسب ما يقضى لمن داينه في الصحة. فإذا أقر لمن يتهم عليه وجب أيضاً أن يقضى له ذلك، ويقام[3] البينة على إقراره كقيام البينة على معاملته في المرض، لأنه لا يمنع من الاقرار ولم يحجر عليه فيه. ويمكن أن يكون ما ذكرناه من[4] غير ابن **القاسم** في **المدونة** إلى هذا المعنى أشار.

وإن استدل المخالف على أن من ارتهن رهنا فإنه أحق بعين رهنه من غيره من الغرماء الذين لا رهن لهم، فكذلك يجب أن يكون غرماء الصحة إذا كانت ديونهم ببينة مقدَّمين على الدين الذي أقر به في المرض، ويرجح الدين السابق في الصحة على هذا الذي أقرّ به في المرض، لكون تصرف الصحيح في ماله أبسط وأمضى لأنه له أن يهبه وليس للمريض أن يهب جميع ماله مع كون غرماء الصحة قد تعلق حقهم بعين المال فوجب أن يقدَّموا كما قُدم المرتهن في الرهن على غيره من غرماء صاحب الرهن.

أجيب عن هذا بأنا لا نسلم أن غرماء الصحة تعلق حقهم بعين مال المريض، لأنه لو كان الأمر كذلك لكان ضياع مال المريض منهم، ولكان لهم أن يمتنعوا من أخذ ديونهم إلا من عين ما ترك. ولو بذل لهم أحد الورثة أو

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ببيّنة.
(2) هكذا في النسختين، ولعل هناك سقط، والصواب: [أن يُقضى].
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: قيام.
(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: عن.

أجنبي ديونهم لم يتعلق لهم حق في عين المال. وكذلك الرهن لا يتعلق الحق بعينه بدليل أن صاحبه له أن يدفع الدين من غير ثمن الرهن، وأنه إذا ثبت ضياعه يسقط حقه في ضمانه. وإنما للغرماء أن يمنعوا المريض من الإتلاف لماله المضرِّ بهم من غير معاوضة. وأمّا ما سوى ذلك من تصرفه فيه بالمعاملات والإنفاق منه فإنهم ليس لهم منعه. فالترجيح الذي ذكروه ما بين غرماء الصحة المقر له في المرض غير مسلم لهم بما ذكرناه.

والجواب عن السؤال التاسع أن يقال:

وأما ما ذكرناه من إقرار المريض لأحد ورثته وسقناه في خلال التقسيم فإنه أيضاً مما اختلف الناس فيه:

فذهب **أبو حنيفة** إلى أن إقرار المريض بدين لأحد ورثته مردود على الإطلاق. وإطلاق القول فيه كما أطلقه في إقراره في موضعه بدين وعليه ديون ثبتت في الصحة ببينة.

وأمّا **الشافعي**، فالمشهور عند أصحابه أن مذهبه[1] إقرار المريض لأحد ورثته بدين. ومنهم من/ يحكي فيه قولين. ومن أصحابه من ينكر الخلاف عنه في هذا، ويرى أن مذهبه إمضاء هذا الإقرار على الإطلاق.

وأما مذهب **مالك** وأصحابه فإنهم يعتبرون التهمة في هذا الإقرار، فمهما ظهر ارتفاعها مضى الإقرار، ومهما ظهر حصولها ووقوعها ردّ الإقرار.

فكأن **أبا حنيفة** يرى أن المريض[2] له أن يغيّر/ حدود الفرائض التي سماها الله سبحانه بين الورثة ولو صرح بأن مراده تغييرها لم يلتفت إلى قوله وقسم ماله على فرائض الله سبحانه بين ورثته. فإذا لم يصرح بها ولكنه قال قولاً

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب إضافة: [إمضاء].
(2) هكذا في النسختين، ولعل هناك كلمة سقطت فيصير: [ليس] له.

يؤدي إلى تغييرها ردّ قوله. وإذا أمضينا إقراره بدين لأحد ورثته فقد صار ذلك تفصيلاً له فيما يأخذه من ميراثه على سائر الورثة، وهو ممنوع من التصريح بالتفضيل فكذلك إذا لم يصرح به، وقال قولاً يؤدي إليه.

وكأن الشافعي رأى أنه لو أقرّ بدين لأجنبي لا يتهم في الإقرار به، ولا دين عليه لأحد، فإن إقراره ماض، وكذلك إذا أقر لأحد ورثته بدين فإنه ماض ولا يتحقق تهمة في هذا الإقرار، فيفارق حكم الوارث حكم الإقرار للأجنبي ومن هو كالمنصرف عن الدنيا، ومقبل على الآخرة تبعد عنه التهمة، ألا تراه لو استلحق ولداً لقبل ذلك منه، ولحق به، ولم يتهم على أنه قصد إلى إبطال حق من سواه من الورثة، فكذلك إقراره بالدين.

ونحن نجيب عن هذا بأنه لو صرح بأن قصده أن يفضل وارثاً على وارث لم يتم مراده في ذلك، فكذلك إذا دلتِ قرائن الأحوال على قصده التفضيل.

وأما استلحاق الولد فأحد القولين عندنا أنه يعتبر فيه التهمة. وعلى القول[1] الإعراض عن الالتفات إليها، فإن التهمة في استلحاق الإنسان تبعد ممن هو صائر إلى الآخرة عن قرب. فكذلك لا يبعد أن يفترق مع قوة التهمة من قصد التفضيل وتبعد التهمة في استلحاق نسب ليس هو منه.

فإذا تقرر منشأ الخلاف، فاعلم أن المسطور في الروايات في هذه المسألة فيه اضطراب ولكن إنما يقع الاضطراب فيما التهمة فيه، وينبغي أن يعرض ما وقع في هذه المسألة من وقائع عند أصحابنا واختلاف على الالتفات إلى شهادة العوائد بالتهمة وحصولها في الإقرار، وشهادة العوائد في ارتفاعها./ ومهما اضطربت العوائد وأشكل أمرها فإلى هذا يصرف منشأ الخلاف. فكأن من أمضى الإقرار اعتقد ارتفاع التهمة، ومن أصرفها[2] اعتقد حصولها ووقوعها، فيفتقر

---

(1) لعل هناك سقطاً، ولعله [الآخر].

(2) هكذا في النسختين، ولعلها: أقرّها.

حينئذ إلى النظر هل الأصل إمضاء الإقرار حتى يثبت ما يدفعه من التهمة، أو الأصل ردّه كما قال **أبو حنيفة** حتى يثبت ما يمضيه؟

وقد وقع في **المدونة** في هذا ما يوهم في هذا النوع تنافراً. فقال في إقرار الرجل في مرضه بدين لزوجته وله ولد: إن إقراره لها نافذ إلا أن يعرف بالميل إليها، وإبعاد لولده، فيردّ إقراره. وهذا لأن في طباع البشر ومقتضى الجبلات الميل إلى الأبناء أكثر من الميل إلى الزوجات. فاستدل بالعوائد هاهنا على إمضاء الإقرار إلا أن يثبت الحال ما يناقض هذا الاستدلال في كونه عرف منه ضد مقتضى العادات في هذه الزوجة وهذا الولد. ثم قيل له بعد/ ذلك: فغير الزوجة والولد من القرابات؟

فقال: لم أسمع من **مالك** في هذا شيئاً، وأشار إلى رد الإقرار مع التساوي في القرب.

وقد اختلف في شهادة رجل لأحد ولديه على الآخر وهما متساويان في المنزلة عنده: هل تمضي شهادته لأن التهمة في المشهود له يدفعها بعد التهمة في المشهود عليه. ولم يذكر اختلافاً في إقراره بدين لأحد ولديه ويرث مع هذا الولد ولد آخر مساويه في المنزلة. ولا يبعد تخريج الخلاف في الإقرار بالدين من الشهادة لأحد الولدين على الآخر إلا أن يقال: إن الشهادة للولد مردودة من ناحية السنة والشريعة فلا ينفصل القول فيها.

وقد اختلف في إقراره بدين لولد عاقّ، وله ولد سواه غير عاق، بإمضاء هذا الإقرار لارتفاع التهمة لأجل عقوق المقر له، ورُدّ لأجل أنه يمكن أن يكون يحنو على العاق ويرحمه، ويخشى عليه الفقر بعد موته لسبب سوء سيرته وتدبيره.

وقد اختلف أيضاً في الإقرار إذا تطرقت إليه التهمة من جانب وارتفعت من جانب آخر. مثل أن يقر بدين لزوجته ووارثه ابن عمه، فإن العادات تشهد بإيثار الزوجة على ابن عمه. . ولو أقر لابن عمه لمضى ذلك له، لكون الزوجة آثر

عنده من ابن عمه. فلو انضاف إلى هذا بنت للمقر فإنه اختلف في نفوذ إقراره لزوجته./ فقيل: يرد إقراره لأن الإقرار لها ينقص ميراث ابن عمه فيتهم بقصده تفضيلها على ابن عمه.

وقيل: بل يمضى هذا الإقرار لكون ابنته التي هي آثر عنده من زوجته يلحقها من هذا الإقرار انتقاص من حقها أيضاً ومن مقدار ميراثها. فما يلحقها من الضرر في هذا الجانب يرفع التهمة من الجانب الآخر وهو قصد الضرر بابن عمه.

وكذلك لو أودع ولده وديعة ببينة ثم أقر في مرضه أنه أخذها منه من غير بينة تشهد للولد بالردّ، فإنه قد قيل: إقرار الأب مردود لأن دعوى ردّ الوديعة المأخوذ ببينة لا يقبل إلا أن يقيم الذي ردها بينة تشهد بردها فكأنه أبرأه مما لا يصدقه الشرع في البراءة منه. وقيل: بل ينفذ هذا الإقرار لأن الولد لو ادّعى ضيعها لقبل ذلك منه بغير بينة، فترتفع التهمة في هذا الجانب الآخر أيضاً وإن ثبت من جانب سواه كما صورناه. وهذا على إحدى الطريقتين لأن قول المودع مقول[1] في الرد بغير بينة لقدرته على ادعاء الضياع فيصدق على ما يبسط في موضعه إن شاء الله تعالى.

وهذا كله يشير إلى إشكال في كون الأصل إمضاء الإقرار حتى يتضح ما يوجب ردّه، أو الأصل ردّه حتى يتضح ما يوجب إمضاءه. وقد ذكر في **المدونة** أن أصل قول **مالك** والذي يعتمد عليه في هذا اعتبار التهمة فإذا ظهرت ردّ الإقرار.

وظاهر بعض الروايات كون الإقرار ماضياً حتى تظهر تهمة فيه. وكذلك الإقرار في/ المرض بدين لصديق ملاطف تعتبر فيه أيضاً التهمة. وهي تتصور بأن يكون عليه دين ببينة لقوم أباعد من القرابات فيتَّهم أيضاً أن يؤثر صديقه عليهم.

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: مقبول.

ولكن ذهب **ابن عبد الحكم** إلى إمضاء إقراره للصديق الملاطف وإن كان ورثته أباعد.

وذهب **أحمد بن ميسر** في هذه المسألة إلى اعتبار حال المقرّ في اعتقاده ودِينه: فإن كان يعتقد التأثيم في ذلك فقصده التوليج[1]، وهو من أهل الدين والصلاح، فإن إقراره نافذ.

ولو كان من[2] الأباعد بنت لهذا المقر لجرى ذلك على الاختلاف الذي قدمناه من كون التهمة تتصور من جانب هروبه بماله من عصبته الأباعد، وترتفع من جهة ما يلحق ابنته من انتقاص فرضها.

/ وقد اختلف في أحد الأبوين إذا أقر بدين لصديق ملاطف: هل يتهم لإيثار الصديق عليهما بماله، على حسب ما ذكرناه في كتاب الوصايا الأول من **المدونة** أو لا يتهم في ذلك، كما ذكره في **الموازية**، وهو الأشبه في مقتضى العادات.

وإذا رددنا إقراره لصديقه الملاطف لتصور التهمة التي بناها[3] فإنه يجري في ذلك مجرى اختلاف من وجه آخر وهو ارتفاع التهمة بكون ما أقرّ به للصديق الملاطف يقدر على أن يعدل عن الإقرار به ويجعله وصية له، فلا يكون لأحد ردّه. فإذا تصورت التهمة من جانب وارتفعت عن هذا الجانب اللاحق وهو قدرة المقر على أن يجعل ذلك وصية لصديق فلا ترد. وهذا كما ذكرناه في المكاتب إذا أقر في مرضه أنه قبض كتابته واتهم في ذلك فإنه إذا كانت الكتابة تخرج من ثلثه نفذ إقراره، وعجل عتقه، لارتفاع التهمة في هذا الإقرار بالقبض، أن يجعله وصية فلا يرد.

---

(1) هكذا في النسختين، والأوْلى إضافة: بعيد..

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب تعويض (من) بِـ: مَعَ.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: بيّناها.

ويتخرج أيضاً على قول آخر: إن هذا الإقرار، وإن لم يحمل جميعَه الثلث، فينفذ منه مقدار ما حمله الثلث. ويكون ذلك على التخريج الأول من رأس المال لأن الديون إنما تقضى من رأس المال. وهذا التخريج الثاني مما ذكره في المدونة في كتاب العتق في إقراره بتعيين من أعتق أن فضلة قيمته تكون في الثلث، فلا يخرج هذا إلا من الثلث.

وجميع ما صورناه من التهمة في إقرار بدين في المرض يتصور في إبراء المريض من ديون له أيضاً وجميع أيضاً[1] ما ذكرناه مما يوجب رده التهمة فإنه إذا ظهر ما يدل على صدق المقر له على الجملة دون التفصيل نفذ الإقرار، كما قال في الأخت المقرِّ لها بدين فرد إقراره، قال: ألا يعلم أنها كانت تقتضيه منه في صحته.

والجواب عن السؤال العاشر أن يقال:

إذا أقر أحد ولدي الميت على أبيه بألف درهم، ولم يترك الميت الألفي[2] درهم ولا وارث له سوى ولده المقر بهذا وولد آخر وهو منكر لهذا الإقرار، فعن مالك في هذا/ روايتان:

إحداهما أن هذا المقر لا يلزمه إلا إذا[3] نصف هذا الدين الذي أقر به، يدفع ذلك للمقر له مما ورثه عن أبيه، وقد ورث ألف درهم، وورث أخوه الألف الآخر. فإذا سقط الدين على الألفين/ ناب كل ألف منها خمس مائة درهم، والمقر إنما في يده نصف التركة وهو ألف درهم، فعليه منها نصف الدين وهو خمس مائة درهم، ويبقى في يده خمس مائة درهم يرثها، ويُحيل

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: ما ذكرناه أيضاً.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: إلاّ أَلْفَيْ.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: حذفها.

المقر له على أخيه فيستحلفه على الخمس مائة درهم التي بقيت من دينه إن تمادى على جحوده.

هذه رواية **ابن القاسم** عن **مالك** وبها أخذ **ابن القاسم** وإليه ذهب **أبو حنيفة**.

وروى **أشهب** عن **مالك** أن المقر له يأخذ جميع دينه من الألف التي هي جميع ما ورثه المقر. وبهذه الرواية أخذ **أشهب**. وإليه ذهب **الشافعي**.

ومشاهد[1] الخلاف اعتبار الموجود من هذه التركة الذي أخذه الولد المنكر للدين: هل يقدر ذلك كالجوائح التي تطرأ على بعض التركة، كغصب بعضها، أو ذهابها بأمر من الله سبحانه. فإن الدين ينحصر إلى ما بقي منها، فلا ميراث إلا ما فضل عن الباقي منها بعد الجوائح. فيقدر أن ما أخذ الولد المنكر للإقرار لما ظلم في أخذه، صار كذهاب بعض التركة بالغصب، فتعين قضاء الدين مما فضل عن الغصب، ولا يستحقْ أحد فيها ميراثاً إلا بعد قضاء الدين كله.

ألا ترى أنه لو قامت بينة بالدين، ووجد الغريم الذي له الدين بعض التركة في يد بعض الورثة، وبقيتها قد أتلفه من أخذه من الورثة، وهو فقير، فإنه لا خلاف أن يؤخذ الدين كله من جميع الموجود في يد الوارث الحاضر، ويصير ما أخذه الوارث الآخر كأن الميت لم يتركه، فيتعين قضاء الدين من الموجود الذي اختص به الوارث الحاضر المليء. فكذلك يجري حكم الإقرار مجرى حكم إقامة البينة.

وأما الرواية الأخرى فقد أشار إلى تعليلها بأنه لو أخذنا المقر بجميع الدين، ونزعنا جميع ما في يديه، لم يقر أحد من الورثة بدين على أبيه، لأجل أنه يؤخذ منه جميع ميراثه فيه ويبقى بلا ميراث دون غيره من الورثة. فاقتضت

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: مَنْشَأُ هذا.

المصلحة على هذا المذهب تسهيل باب الإقرار بالحقوق على الورثة، فإذا علم الوارث أنه لا يؤخذ منه إلا مقدار ما ينوب ميراثه من الدين إذا قسط الدين على ما في يد المقر ويد غيره خف عليه الإقرار وانتصل[1] من هذا الحق. وإذا علم أنه يؤخذ من يديه ما يُستحق عليه منه وما يستحق على بقية الورثة هرب من هذا الإقرار وكان هذا من الدواعي المعينة/ على جحد الحق. وهذا كما يقال: إن شاهد الزور إذا أقر أنه شهد بالزور لم يعاقب، إذ لو عوقب لم يرجع أحد عن شهادة شهد فيها بالزور، فكانت المصلحة تقتضي رفع حق الله سبحانه/ ها هنا في العقوبة على شهادة الزور، كما كانت المصلحة تقتضي ألا يؤخذ المقر من الورثة إلا بما ينوبه ويسقط حق المقر له لأجل هذه المصلحة أيضاً. وإن كان الموجود من المال بيد الوارث الذي يعتقد أنه ليس بغاصب له ولا ظالم في جحوده الدين، على ظاهر ما يقول يقدر كأنه موجود لم يقسم فيكون قضاء الدين مقسطا على جميع المال، وعلى ما في يد كل وارث إذا كان جميعهم حضوراً أملياء.

وإذا وجد التقسيط كان الجاحِد من الورثة كأنه انفرد بالظلم من إمساك حق هذا المقرّ له. وقد اعتمد بعض البغداديين من أصحابنا على القياس على الوصية فقال: اتفق على أن أحد الورثة إذا أقر بوصية من أبيه لرجل فإنه لا يؤخذ بجميعها مما في يديه، بل من ثلث ما في يديه، حتى كأن التركة حاضرة لم تقسم، فيكون الثلث مقسطاً على جميعها. وسنتكلم نحن إن شاء الله تعالى على طروء موصىً له على أحد الورثة وكيف تكون مقاسمته له في كتاب القسم.

وعلى هذا الاختلاف جرى الأمر بين **ابن القاسم وأشهب** في مسألة وارثين شهدا بأن أباهما أعتق عبداً له معيَّناً، وهو مقدار ثلث التركة، فردّت شهادتهما للتهمة في جرّ ولائه، إن كان ممن يرغب في ولائه، وجازت شهادة الأجنبيين

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: وتنصل.

بالوصية بالثلث، فأخذ الثلث الموصى له بثلث المال، وصار العبد بالمقاسة إلى الوارثين.

فمذهب ابن القاسم أنه يعتق ثلثا العبد عليهما، وثلثه الباقي قد طرأ الغصب عليه فيه، وقد أخذ المشهود له بثلث المال بناء على أن الموجود من المال كأنه باق لم يقسم.

وذهب أشهب إلى أنه يعتق عليهما جميع العبد، بناء على أصله الذي قدمناه من وجوب أخذ الدين كله من يد المقِرّ من الورثة.

وسنبسط الكلام على هذه المسألة في موضعها إن شاء الله تعالى.

وهذا الذي ذكرناه من إقرار أحد الولدين على أبيه، والولد الآخر منكر، إنما يكون الحكم فيه ما ذكرناه إذا كان المقر غير مقبول الشهادة، لعدم العدالة، أو لكونه سفيها في ماله لكنه عدل، على أحد القولين في منع قبول شهادة السفيه وإن كان عدلاً. وأما على القول/ بقبول شهادة السفيه إذا كان عدلاً في غير ما فيه إتلاف ماله فإن المقر له يحلف مع شهادة الولد، ويستحق جميع الدين، لأن من قام له شاهد بمال على ميت حلف مع شهادته واستحق جميعه. وإذا كان الشاهد سفيهاً لكنه عدل، وقُضي بأحد القولين في قبول شهادته، فإنه ها هنا إذا حلف المقرّ له مع شهادة المقر أخذ جميع دينه من الأخ الجاحد للدين، ويصير ذلك كالدين: إذا ثبت ببينة فإنه لا يختلف في أخذ الدين كله مما في يد أحد الورثة، سواء كان جاحداً/ للدين أو مقراً به. فكذلك ها هنا إذا حلف مع شهادة الولد العدل السفيه استحق جميع الدين. ولكن لا يؤخذ ذلك من يد هذا الشاهد السفيه العدل، لأنه كالإتلاف لماله بإمضاء إقراره لما يؤدي إلى تلفه. واليمين ها هنا مع شهادة المقر تتضح فائدته[1] عندي على طريقة **ابن القاسم في** أنه لا يؤخذ من المقر إذا كان مردود الشهادة إلا مقدار ما ينوبه من الدين، وإذا كان

(1) هكذا في النسختين.

ممن تقبل شهادته أفاد المقرَّ له اليمينُ مع شهادة المقر بأن يأخذ دينه كله ويرجع على الوارث الجاحد.

وأما على طريقة **أشهب**، الذي يرى أنه يأخذ الدين كله مما في يد المقر فإن هذا مما ينظر فيه لكون هذا المقر له لا فائدة في يمينه إذا وجد طريقاً إلى أخذ جميع دينه من يد المقر. فكأنه إنما يحلف لإفادة غيره، وهو هذا المقرّ يفيده أن يرجع إلى أخيه، وينفي عن نفسه المطالبة بما وجب عليه.

وهذا بيان الحكم في إقرار أحد الورثة بدين في ذمة أبيه.

وأمّا لو أقر باستحقاق رجل عرضا من تركة أبيه مثل أن يترك عبداً فيقول أحد الولدين: هذا العبد لفلان وليس لأبي.. فإن نصيب هذا المقر يُقضى به للمقر له، لكون المقر يعتقد أنه لا يحل له أن يرثه عن أبيه لكون هذا المقر له يستحقه. ولا يمضى إقراره هذا في نصيب أخيه إذا لم يكن عدلاً ممن يحلف المقر له مع شهادته، ويصير العبد نصفين بين الولد الجاحد لهذا الإقرار، وبين المقر له.

ولو كان الأب ترك عبيداً جماعة، فقد قيل: الحكم ما ذكرناه، وليس للمقر له سوى نصف العبد المقر له به. وهو ظاهر كتاب الوصايا في **المدونة**، لأنه ذكر أن الميت ترك عبيداً كثيرة، وأطلق الجواب بما ذكرناه.

/ (وقيل: إذا لم يسلم المنكر لهذا الإقرار فإنه يكون جميعه له، ويرجع المقر له على المقر بمقدار ما زاد نصيبه في القسمة، عوضاً عن نصيبه في هذا العبد سلم، ويصير كمن باع عبداً لغيره، فإن عوض العبد المبيع عليه العبد وإن صار بالقسمة إلى المقر أخذ جميعه المقر له لاعتراف من صار له بالقسمة أنه قد صار إلى يديه جميع العبد، وليس لأبيه فيه ملك ولا شركة في ملك، وإنما ملك جميعه هذا المقر له)[1].

---

(1) الفقه واضح، وفي الكلام اضطراب.

ولا يلزم أن يتخرج في هذا الخلاف المشهور فيمن فدى من أيدي اللصوص شيئاً أنه يستحق على مالك الشيء المفدى ما فداه به، إن شاء ربه أخذه، لأنه لولا الفداء ما وصل إليه رَبُّه إن[1] الفادي لمال غيره دخل في ذلك باختياره، وقدر أنه من حسن النظر لرب المال، وهذا الولد المقر إذا صار إليه جميع العبد الذي أقر أنه لغير أبيه فنصفه الذي يستحق ميراثه أخوه المنكر لهذا الإقرار، وإن كان هذا المقر قد دفع عنه عوضاً من ماله حتى خلص جميعه/ إليه فإنما هذا إنما هو بالجرّ، وحكم الشرع يوجب القسمة ولم يدفع عوضاً باختياره ليفديه لصاحبه، بل أخوه عنده في حكم الغاصب الذي غصبه نصف هذا العبد بدفعه لأخيه المقر، وأخذ من مال أخيه عوضه. والغاصب إذا غصب للإنسان سلعة، ودفع إليه سلعة أخرى عوضها، وجبره على ذلك كله، فإن السلعة المدفوعة لهذا المغصوب منه سلعة يستحقها صاحبها إذا كانت مغصوبة أيضاً من غير أن يدفع عنها عوضاً، فيبعد الخلاف في هذا الذي يقدر أنه فدى لما كان بالجبر والإكراه، ويحسن الخلاف فيما كان بالاختيار. ولو فدى فاد شيئاً مما كان في يد أهل الحرب، وأخذوه في غنائم المسلمين، لرجع بما فداه لأنه كالمشتري له من قوم يستحلون في شرعهم تملكه، على ما بسطنا حكمه في كتاب الجهاد.

والجواب عن السؤال الحادي عشر[2] أن يقال:

إقرار الوصي على من في ولائه بحق فيما تولى المعاملة لهم فيه، فيقبل قوله فيما أخذه من غرمائه أو باع منهم أو اشترى، لأن الشرع أقامه مقام أبيهم، وأبوهم أقام الوصي مقام نفسه. وكذلك أقام الشرع آباءهم مقام أنفسهم، لو كانوا بالغين رشداء لعجزهم عن النظر لأنفسهم، فجعل/ ذلك لأبيهم، وليس لأبيهم ولا لوصيهم أن يدعي على أحد بدعوى توجب لليتامى مالاً لم يثبت.

(1) هكذا في النسختين، ولعله: لأن.

(2) هذا السؤال من تعداد الأسئلة.

والوصي والأب كالأجنبيين لا علاقة بينهما وبين اليتامى. لكن ما تولى الوصي المعاملة فيه فله المطالبة به والدعوى، لأن فعله يقوم مقام فعل اليتامى بأنفسهم. ولو ادعى اليتامى لأنفسهم، وهم رشداء لمكنوا من ذلك. وكذلك من أحلّه الشرع في محلّهم ونائباً عنهم. فلو قال الوصي: قبضت مالاً من الغريم لليتامى من سلف أسلفه أبوهم في حياته، أو ثمن سلعة باعها في حياته، لم يقبض بذلك على اليتامى، وإنما يكون شاهداً لمن عليه الدين، من سلف أو بيع، فإن كان عدلاً حلف معه الغريم، وبرىء من الديون التي كانت للأب. وإن لم يكن عدلاً، وردت شهادته، لم يبرأ الغرماء من الديون التي كانت للميت عليهم. وكذلك لو كان الوصي عدلاً، ونكل الغرماء على اليمين مع شهادته، لم يبرأوا أيضاً من الدين.

واختلف هل يلزم الوصي إذا قبض هذا المال من الغرماء لليتامى أن ينظر فيه كما ينظر في غير ذلك من أموالهم أم لا؟ فقال: ليس ذلك عليه، لاعتقاده أنه أخذ ظلماً وعدواناً، ممن هو برىء منه. فمقتضى قوله: يبرأ الغريم، أنه لا يحل له النظر لليتامى فيما أخذ لهم من ذلك.

وقيل: بل يَنظر فيه كما ينظر فيما سواه من أموالهم التي هي على ملكهم بالوجه الواضح، لأنه قد التزم النظر في مال هؤلاء اليتامى وصيانة مالهم فليس له التخلص من ذلك بعد التزامه/ وموت أبيهم الموصي عليهم، بل يتهم في هذا الاعتراف ببراءة الغريم أن يكون أراد التخفيف عن نفسه، وإسقاط المشقة عنه، في تكلف صيانة هذا المال وحفظه والنظر فيه.

وأما إقراره بأنه باع لهم سلعة كذا واشتراها، وأخذ أثمان ما تولى بيعه من أموال اليتامى فإن قوله في ذلك مقبول ما دام اليتامى في ولايته لم يرشدوا ويكون هذا الإقرار كإقرار اليتامى على أنفسهم وهم رشداء كما قدمناه. وأما لو كان إقراره بقبض هذه الديون التي عامل بها من أموال اليتامى، فإن المذهب على قولين في الاكتفاء بمجرد إقراره:

ففي **الموازية** أنه لا يكتفي بذلك دون أن يحلف الغرماء الذين أبرأهم الوصي مع شهادتهم بإبرائهم إن كان عدلاً. وهذا كنحو ما ذكر في **المدونة** في إقرار أحد الشريكين/ المتفاوضين بعد موت شريكه وانقطاع المعاوضة بالموت: أن السلعة التي في يد فلان رهناها في كذا وكذا ديناً استدناه، فإنه جعل الشريك ها هنا شاهداً أيضاً، مع كونه أضاف هذا الإقرار إلى من كان مقبول القول فيه على شريكه، ولكنه وقت إيقاع هذا القول لم يكن مصدَّقاً على شريكه. وهذا على نحو ما اختلف في شهادة الحميل وعلى نحو ما اختلف في الوكيل على بيع سلعة إذا أقر بعد بيعها بفساد البيع، لأنه أضاف هذا الإقرار وأسنده إلى زمن كان فيه وكيلاً، ولكنه لم يُسمع منه إلا الآن في زمن انقطعت وكالته فيه. وكذلك الوصي وقع منه هذا القول مسنداً إلى زمن كان مقبول القول فيه، ولكنه وقع منه هذا القول في زمن صار غير مقبول القول فيه.

وذهب **سحنون** إلى أن الوصي مصدق في ذلك. هذا المذهب بناء على إحدى الطريقتين اللتين ذكرناهما. وقد اختلف في العامل بالقراض إذا قال بعد المعاملة: نسيتُ النفقة. هل يصدق أم لا؟ وهو لو قال ذلك في زمن لم ينفصل فيه من رب المال لصُدِّق أيضاً[1]. وإذا ادعى الوصي أنه دفع ما على الأيتام من ديون وخالفه مستحقوها، وأنكروا أن يكون دفع إليهم شيئاً، فإن القول قولهم، إذ لا يبرأ من عليه دين بمجرد قوله: إني قضيته، إلاّ ببيّنة أو دلالة عادة.

ويضمن ذلك لليتامى، لكونه فرض[2] إذا قضى ديونهم بغير إشهاد على مستحقها. فإن اعتذر بأنه قد أشهد ولكن الشهود غابوا أو ماتوا أو قسموا[3]. فإن **أشهب** لم يقرره[4]، ورأى أن الأصل عدم الإشهاد، وإنما يبرأ الوصي بالإشهاد. فظاهر فعله التعدي، ودعواه رفع التعدي لا يقبل منه بإثباتٍ

(1) هكذا، والأوْلى حذفها.

(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: فرَّط.

(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: نَسُوا.

(4) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: يعْذرْه.

استصحاباً لحال الأصل في عدا[1] الشهادة.

ورأى سحنون أن الزمن إذا طال حتى يمكن ما قال، فإن قول الوصي مقبول. ورأى أن الأصل براءة الذمة فنحن نستصحب حال براءة ذمته ولا نعمرها بالشك، هل صدق أم لا؟ وإذا/ كان الوصي عالماً بأن على الميت ديناً وخفي، له أن يقضيه ويسدده من غير أمته[2]، إذ لا بينة تشهد بصحة الديون سواه، فإنه يجوز له فيما بينه وبين الله تعالى أن يفعلْ ذلك فإن شهد به عدول عند قاض وحكم به، وجب عليه الدفع، وإن أراد الاقتصار على سماع الشهادة بنفسه وقبولها لتحققه عدالة الشهود دون/ الرفع إلى القاضي، فإن أشهب يسوغ له ذلك، قال: والثقة أن يرفع إلى القاضي. وهذا لأن اليتامى لو بلغوا وجرحوا الشهود وسقطت شهادتهم، ووجب لهم استرجاع هذا المال، كان للوصي أن يسترجعه أيضاً إن ضمنّوه إياه. وبعض الأشياخ مال إلى أنه لا يجب على الوصي ضمان في هذا المال، لأن القاضي لو رفعت إليه الشهادة لم يعذر فيها إلا الوصي، فإن سلمها أنفذ القضاء إذا كان الشهود عدولاً. فلأجل انحصار هذا الأمر إليه، وإن رفع إلى القاضي، ينبغي ألاّ يتعلق به ضمان ما دفعه على هذا الوجه. وقد ذكرنا في كتاب المديان مسائل تتعلق بأحكام الهبة واشتراط الحوز في إمضائها، وذكر منها أنه من استقرض دنانير ثم وهبها قبل قبضها لآخر، وذكر الخلاف في هذا إذا وقع الموت قبل الحوز. وسبب الخلاف كون هذه الهبة يتعلق بها حق لغير الموهوب.

كما اختلف فيمن وهب سلعة فلم تقبض منه حتى باعها الموهوب له ثم مات الواهب: هل تبطل أم لا؟ وسبب الخلاف كون هذه الهبة يتعلق بها حق المشتري بها[3] بعوض، والمعاملات بعوض لا يبطلها عدم الحوز. وكذلك لو

---

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: عدم.
(2) هكذا في (و)، وفي (مد): إذنه. والأوْلى: إذْنٍ.
(3) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: لها.

كان الأول مستقرها[1] والثاني مستقرضاً أو كان الأول موهوباً له والثاني موهوباً له، فإن الخلاف جار على ما ذكرناه. لكن في فروع هذا الباب ما ينبغي أن يلتفت فيه إلى حلول القرض بموت من هو عليه وإن كان مؤجلاً، حتى يؤخذ من تركته، إلى غير ذلك مما سنبسط أصوله في كتاب الهبة إن شاء الله تعالى وذكر في **المدونة** أيضاً أن من ضمن عن ميت ديناً لزمه الضمان. قال: وإن علم أنه فقير ثم طرأ له مال فإنه لا يرجع عليه، لأن الضمان عن هذا المعتقد فقده على جهة الحسبة. ولو كشف الغيب أن له مالاً خفي عن الضامن، فإن بعض الأشياخ اختار تمكينه من الرجوع فيه، لأنه لو علم به لما ضمن ذلك عنه على أن لا يرجع عليه به. ولو أتى المديان من عليه[2] الدين ببعض دينه، وهو معسر ببقيته، للزم صاحب الدين/ قبوله منه. ولو كان موسراً فامتنع من له الدين من أخذه إلا كاملاً، فإن ظاهر إطلاق قول **مالك** في هذه المسألة خير[3] من له الدين على قبول ذلك. وقال **ابن القاسم**: إنه لا يجبر على ذلك. وهذا يلتفت فيه إلى هذا/ التبعيض في القضاء: هل يلحق من له الدين فيه ضرر أم لا؟ ويلتفت أيضاً إن ثبت الضرر إلى ما جرت به العادة في مثل هذا.

والله أعلم.

تم كتاب الحجر والتفليس بحمد الله تعالى.

(1) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: مستقرضاً.
(2) هكذا في النسختين، ولعل الصواب: له.
(3) هكذا في (و). والصحيح ما في (مد) وهو: جبر.

الفهارس العامة

فهرس الآيات القرآنية

فهرس الأحاديث

فهرس الأعلام

فهرس بأسماء الكتب

المدونة: 34 - 36 - 42 - 43 - 44* 45 - 46* 47* 59 - 61 - 62 - 72 -
78 - 89 - 101 - 105* 108 - 111 - 115* 137 - 165 - 167 -
168* 171 - 172 - 176 - 186 - 187 - 210 - 214 - 226 - 227 -
228 - 229 - 248 - 253 - 260 - 261 - 262 - 171 - 281 - 282 -
284 - 288 - 305* 333 - 348 - 368* 390 - 393 - 395 - 403 -
404 - 405* 411* 413 - 416 - 417 - 418 - 419 - 423 - 426 -
428

الموازية: 47 - 71 - 107 - 135 - 222* 334 - 335 - 344 - 389 - 391 -
402 - 406 - 408* 409 - 418 - 426

الموطأ: 309 - 310 - 316 - 317* 318 - 319 - 335 - 350 - 354

النوادر والزيادات: 113* 298

الواضحة: 72 - 227 - 348 - 391

فهرس التلقين



دار الغرب الإسلامي

تـونـس

لصاحبها الحبيب اللمسي

6 نهج الدالية بالفي - تونس – تلفون: 0021671393360 – فاكس: 0021671396545 – خليوي: 216-96-346567

DAR AL-GHARB AL-ISLAMI - B.P.: 200 - R.P. 1015 TUNIS

الرقم : 2008 / 10 / 2000 /490

التنضيد: مطبعة الصراط

الطباعة: دار لبنان